

*Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)*

XVII. TAGUNG - XVIIIth CONGRESS - XVIIème CONGRÈS

Brno - Brünn



Attila Vincze

Diana-Urania Galetta

Ewald Wiederin

Herbert Küpper

(eds.)

**100 JAHRE RECHTSSTAAT IM ALLTAG:  
VOM ÖSTERREICHISCHEN ALLGEMEINEN  
VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ ZUM  
EUROPÄISCHEN VERWALTUNGSVERFAHREN**

**100 YEARS OF RULE OF LAW IN DAILY LIFE:  
FROM THE AUSTRIAN ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE ACT TO A EUROPEAN  
ADMINISTRATIVE PROCEDURE**

**100 ANS D'ETAT DE DROIT DANS LA VIE  
QUOTIDIENNE: DE LA LOI AUTRICHIENNE  
SUR LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE A LA  
PROCEDURE ADMINISTRATIVE EUROPEENNE**

EDITORIALE SCIENTIFICA





Attila Vincze  
Diana-Urania Galetta  
Ewald Wiederin  
Herbert Küpper  
(eds.)

100 JAHRE RECHTSSTAAT IM ALLTAG:  
VOM ÖSTERREICHISCHEN ALLGEMEINEN  
VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ  
ZUM EUROPÄISCHEN  
VERWALTUNGSVERFAHREN

100 YEARS OF RULE OF LAW IN DAILY LIFE:  
FROM THE AUSTRIAN ADMINISTRATIVE  
PROCEDURE ACT TO A EUROPEAN  
ADMINISTRATIVE PROCEDURE

100 ANS D'ETAT DE DROIT DANS LA VIE  
QUOTIDIENNE: DE LA LOI AUTRICHIENNE  
SUR LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE  
A LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE  
EUROPEENNE

XVII. TAGUNG – XVIIth CONGRESS – XVIIème CONGRÈS  
Brno – Brünn  
2025

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI

*Tutti i diritti sono riservati*

© 2026 Editoriale Scientifica srl  
Via San Biagio dei Librai 39  
Palazzo Marigliano  
80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.it](http://www.editorialescientifica.it)  
[info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)

ISBN 979-12-235-0654-7

CONTENTS

*Vorwort – Preface – Avant-propos* IX  
Attila Vincze, Diana-Urania Galetta, Ewald Wiederin, Herbert Küpper

ATELIER JUNGER WISSENSCHAFTLER – YOUNG SCHOLARS' WORKSHOP –  
ATELIER DES JEUNES CHERCHEURS :

DAS VERWALTUNGSVERFAHREN UNTER DEM EINFLUSS DER VERFASSUNG  
UND DES EUROPÄISCHEN RECHTS

ADMINISTRATIVE PROCEDURE UNDER THE INFLUENCE  
OF CONSTITUTIONAL AND EUROPEAN LAW

LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE SOUS L'INFLUENCE DE LA CONSTITUTION  
ET DU DROIT EUROPÉEN

*Die digitale Transformation der öffentlichen Verwaltung: Wie beein-  
flussen das europäische Recht und die Verfassungsgrundsätze automati-  
sierte Entscheidungen?* 3  
Radislav Bražina

*Administrative Procedures in the Shadow of Digital Transformation:  
Between Old Principles and New Regulative Efforts* 15  
Elisabeth Paar

*Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts – Zugleich ein Plädoyer  
für eine Verwaltungsverfahrenstheorie* 49  
Mathias Honer, Tobias Rudloff

*Good Administration in Sweden: European Principles and National  
Regulation* 75  
Torvald Larsson

„DIE MUTTER ALLER VERFAHRENGESETZE“

“THE MOTHER OF ALL PROCEDURAL LAWS”

« LA MÈRE DE TOUTES LES LOIS DE PROCÉDURE »

<i>Mutter aller Verwaltungsverfahrensgesetze: Das AVG aus österreichischer Sicht</i> Magdalena Pöschl	93
<i>The Austrian AVG in the European Context</i> Lukáš Potěšil	125
<i>100 Jahre österreichisches Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz. Evolution – Vereinfachung – Europäisierung</i> Wojciech Piątek	137

DIE GRUNDLAGEN DES VERWALTUNGSVERFAHRENS IN EUROPA  
LEHREN AUS DEM AVG

THE FOUNDATIONS OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN EUROPE  
LESSONS LEARNT FROM THE AVG

LES FONDEMENTS DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE EN EUROPE  
LES LEÇONS DE L'AVG

<i>Le droit de la procédure administrative en tant qu'instrument d'unification du pouvoir de l'État</i> Eva M <sup>a</sup> Menéndez Sebastián	157
<i>Das Verwaltungsverfahrensgesetz als Instrument zur Vereinheitlichung der Unionsgewalt</i> Markus Ludwigs, Markus Mader	183

## DER EINZELNE UND DAS GANZE IM VERWALTUNGSVERFAHREN

## THE INDIVIDUAL AND THE WHOLE IN ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

## L'INDIVIDU ET LE TOUT DANS LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

*Das Recht auf gute Verwaltung: die „Krönung“ der subjektiven Verfahrensrechte?* 221

Petra Škvařilová-Pelzl

*Beyond the Individual: Collective Interests and Public Goods in the Administrative Process* 255

Henrik Wenander

HAT SICH DER VERWALTUNGSAKT ALS DREH  
UND ANGELPUNKT DES VERWALTUNGSVERFAHRENS ÜBERLEBT?

HAS THE ADMINISTRATIVE ACT OUTLIVED ITS USEFULNESS  
AS THE CENTREPIECE OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE?

L'ACTE ADMINISTRATIF A-T-IL SURVÉCU EN TANT QUE PIVOT  
DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE ?

*Le chemin est le but. Procédure vs. résultat* 269

Delphine Costa

*Behaviour Control Without Command: The Intersection of Behavioural Science and Public Regulation* 287

Alberto Zito



## VORWORT

Das hundertjährige Jubiläum des österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG) ist ein Anlass, der weit über Österreich hinausstrahlt und auch an den Grenzen Europas nicht halt macht. Bald nach seinem Erlass inspirierte das AVG die Gesetzgeber etlicher Staaten der Region, und auch nach dem Zweiten Weltkrieg sind die Verwaltungsverfahrensgesetze zahlreicher Staaten ohne die österreichische Pionierleistung, die ihrerseits nur auf wenige Vorbilder zurückgreifen konnte, kaum denkbar. Grund genug also, dem AVG und seinem Regelungsgegenstand, dem Verwaltungsverfahren, eine SIPE-Tagung zu widmen, bei der trotz des runden Geburtstags der Blick in die Gegenwart und die Zukunft mindestens genauso wichtig war wie die Würdigung der Leistungen in der Vergangenheit.

Der Konferenzort Brunn wurde sorgfältig gewählt. Das AVG war ein intellektuelles Produkt der seinerzeitigen juristischen Elite, die auch nach 1918 die kulturelle Buntheit der Doppelmonarchie abbildete und trotz ihrer Herkunft aus den unterschiedlichen Landesteilen dieselbe Sprache sprach. Nur wenige Jahre nach seinem Erlass war die Tschechoslowakei einer der ersten Staaten, die ein Verwaltungsverfahrensgesetz nach österreichischem Vorbild erließen, und das tschechoslowakische Oberste Verwaltungsgericht entwickelte bald eine Rechtsprechung, deren dogmatisches Niveau dem seines Pendant in Wien zumindest ebenbürtig war. Heute ist Brunn als „Sitz des Rechts“ in der Tschechischen Republik der Ort, an dem das wiedererrichtete Oberste Verwaltungsgericht wirkt und sich auf ein Verwaltungsverfahrensgesetz stützt, das seine Herkunft aus dem AVG nicht verleugnet. *Lukáš Potěšil* geht am Beginn seines Beitrags auf den Genius Loci von Brunn und seinen Bezug zum AVG ein.

Für die SIPE war die Brünner Tagung die erste Konferenz, die sich komplett dem Verwaltungsrecht widmete. Zwar ist das Verwaltungsverfahren die Essenz des Rechtsstaats im Alltag, und dem Rechtsstaat hat sich die SIPE bereits unter vielfältigen Gesichtspunkten genähert. Die

Beschäftigung mit dem Rechtsstaat war bislang aber vorwiegend verfassungsrechtlich geprägt. Nunmehr stand das Verwaltungsverfahren im Mittelpunkt. Ausgehend von dem AVG und seinem Erbe wurde untersucht, was das Verwaltungsverfahren in der Gegenwart für Europa und seine Staaten bedeutet und wie es Antworten auf die Herausforderungen der Zukunft geben kann. KI und vollkommen ohne menschliche Mitwirkung erlassene Verwaltungsentscheidungen sind nur ein Stichwort in diesem Zusammenhang.

Bereits das im Plenarsaal des Verfassungsgerichts der Tschechischen Republik veranstaltete Atelier junger Wissenschaftler zeigte, dass das Verwaltungsverfahren als Möglichkeit der Sozial- und Zukunftsgestaltung den Nachwuchs auf vielfältige Weise beschäftigt und befruchtet. Traditionelle und neue Fragestellungen gehen dabei Hand in Hand.

Im weiteren Verlauf der Tagung wurde deutlich, dass das AVG, das seinerzeit als österreichische Lösung auf sehr österreichische Problemlagen gedacht war, auch für Probleme der heutigen Zeit Antworten für Fragen liefern kann, die sich sowohl auf staatlicher wie auch auf unionaler Ebene stellen. So kann etwa seine Vereinheitlichungswirkung, seinerzeit einer der zentralen Motive des Gesetzgebers, für andere, aktuelle Kontexte fruchtbar gemacht werden.

Generell befindet sich das Verwaltungsverfahren im Umbruch. Nicht nur technischer Fortschritt wie die Digitalisierung der Verwaltung und die bereits angesprochene Entscheidungsfindung durch Algorithmen stellen die Verwaltung, ihr Handeln und ihren Output vor neue Herausforderungen. Auch der gesellschaftliche Anspruch an die Verwaltung wandelt sich, was Staat und Verwaltung nicht ignorieren können. So muss das Verwaltungsverfahren sanfter, stärker konsensuale Mittel entwickeln, muss sich der Konvergenz von angelsächsischer Konzentration auf das Verfahren und *due process* einerseits und kontinentaler, insbesondere mitteleuropäischer Konzentration auf das Ergebnis und dessen Rechtmäßigkeit andererseits stellen und schließlich alle diese Tendenzen in eine bürgerfreundliche, möglichst inklusive „gute Verwaltung“ amalgamieren.

Die Tagung der SIPE hat viele relevante Fragen formuliert und nicht wenige Antworten entwickelt, die angesichts der rasanten technologischen und sozialen Entwicklungen aber eine Momentaufnahme bleiben müssen. Der Rechtsstaat und seine alltägliche Verwirklichung im Verwaltungsverfahren werden als Thema die SIPE noch lange begleiten – und umgekehrt.

Die abwechslungsreichen drei Tage in Brünn wären ohne die Unterstützung des tschechischen Verfassungsgerichts, des tschechischen Oberverwaltungsgerichts und der Juristischen Fakultät der Masaryk Universität nicht möglich gewesen, wofür sich die Veranstalterinnen und Veranstalter herzlich bedanken.

Die Herausgeber  
*Attila Vincze*  
*Diana-Urania Galetta*  
*Ewald Wiederin*  
*Herbert Küpper*

## PREFACE

In 2025, the Austrian General Administrative Procedure Act (AVG) celebrated its 100<sup>th</sup> anniversary. This occasion is of relevance beyond the borders of Austria and beyond the borders of Europe even. Soon after its adoption, the AVG inspired lawmakers of several states in the region, and many of the administrative procedure acts enacted after World War II relied strongly on Austria's pioneering legislation which, in turn, could hardly resort to role models. These were good reasons for SIPE to dedicate its 2025 conference to the AVG and its object, the administrative procedure. Despite the occasion of a milestone anniversary, the SIPE conference did not stop at honouring the past but also looked at the present and the future.

Brno as the venue of the SIPE conference was a conscious choice. The AVG was an intellectual product of the élite of those days which continued to reflect the cultural diversity of the Double Monarchy even after 1918 and which, despite originating from all the different parts of the country, spoke the same language. Only a few years after the adoption of the AVG, then Czechoslovakia was among the first states to enact an administrative procedure code modelled after the AVG, and the Czechoslovak Supreme Administrative Court developed a practice the doctrinal quality of which was at least equal to its counterpart in Vienna. Today Brno, being the 'residence of the law' in the Czech Republic, is the place where the re-installed Supreme Administrative Court adjudicates, relying on an administrative procedure law which does not deny its origins in the AVG. *Lukáš Potěšil* elaborates at the beginning of his paper on Brno's genius loci and its connections to the AVG.

The Brno conference was the first function ever that SIPE organised entirely on administrative law. It is true that administrative procedure is the essence of the day-to-day rule of law, and the rule of law has been the subject of numerous activities of SIPE. Those activities so far concentrated on constitutional law. Now, however, we focussed on administrative

procedure. Using the AVG and its heritage as a starting point, the conference analysed the present position of administrative procedure in Europe and the European states as well as its potential to yield answers to future challenges. AI and administrative decisions issued without any human participation are just one aspect of those challenges.

The Young Scholars' Workshop, held in the plenary hall of the Constitutional Court of the Czech Republic, demonstrated that administrative procedure, as a means to shape current and future social relations, is in the centre of the attention of young academia. The young researchers combine traditional and innovative aspects and methods.

Furthermore, the Brno conference made it clear that the AVG, developed in 1925 as an Austrian solution to very Austrian problems, may give answers to the questions that arise today on the levels of both the European Union and the national states. One example is the unifying effect of the AVG which was one of the central motives of the historical Austrian legislator but may be used with little modifications in and for contemporary contexts.

Administrative procedure is facing a far-reaching re-orientation. Technical progress such as the digitalisation of the public administration and, as mentioned before, decision-making through algorithms create challenges for the public administration, its conduct and its output. Society changes its expectations vis-à-vis public administration which state and administration cannot and should not ignore. In this light, administrative procedure needs to develop more gentle, more consensual instruments. It has to manage the convergence of the Anglo-Saxon concentration on the procedure and due process on the one side and the Continental, particularly the Central European concentration on the output and its legality on the other. Finally, the public sector is expected to amalgamate all these tendencies into a citizen-friendly, inclusive 'good administration'.

The SIPE conference has formulated many relevant questions and has developed a fair number of answers which, given the quick technological and social change, cannot be but provisional. The question of the rule of law and its day-to-day implementation in administrative procedure will accompany SIPE for many years to come – and vice versa.

The three fruitful days in Brno would not have been possible without the support of the Czech Constitutional Court, the Czech Supreme Administrative Court, and the Faculty of Law of the Masaryk University.

The organisers wish to express their deep-felt gratitude to these Czech institutions.

The editors  
*Attila Vincze*  
*Diana-Urania Galetta*  
*Ewald Wiederin*  
*Herbert Küpper*

## AVANT-PROPOS

Le centenaire de la loi autrichienne sur la procédure administrative générale (AVG) est un événement dont le rayonnement dépasse largement les frontières de l'Autriche et ne s'arrête pas aux limites de l'Europe. Peu après son adoption, l'AVG a inspiré les législateurs de nombreux États de la région, et même après la Seconde Guerre mondiale, les lois sur la procédure administrative de nombreux États seraient difficilement concevables sans le travail de pionnier de l'Autriche, qui ne pouvait elle-même s'appuyer que sur quelques modèles. Une raison suffisante donc pour consacrer à l'AVG et à son objet, la procédure administrative, une conférence de la SIPE pour laquelle, au-delà de cet anniversaire, le regard tourné vers le présent et l'avenir était au moins aussi important que la reconnaissance des réalisations du passé.

Le lieu de la conférence, Brno, a été soigneusement choisi. L'AVG était le fruit intellectuel de l'élite juridique de l'époque, qui, même après 1918, reflétait la diversité culturelle de la double monarchie austro-hongroise et parlait la même langue malgré ses origines issues de différentes régions du pays. Quelques années seulement après son adoption, la Tchécoslovaquie fut l'un des premiers États à promulguer une loi sur la procédure administrative sur le modèle autrichien, et la Cour suprême administrative tchécoslovaque développa rapidement une jurisprudence dont le niveau dogmatique était au moins égal à celui de son homologue viennoise. Aujourd'hui, Brno, en tant que « siège du droit » en République tchèque, est le lieu où siège la Cour administrative suprême reconstituée, qui s'appuie sur un droit de la procédure administrative qui ne renie pas ses origines dans l'AVG. *Lukáš Potěšil* aborde, au début de sa contribution, le *genius loci* de Brno et son lien avec l'AVG.

Pour la SIPE, le congrès de Brno a été la première conférence entièrement consacrée au droit administratif. Certes, la procédure administrative est l'essence même de l'État de droit au quotidien, et la SIPE a déjà abordé l'État de droit sous de multiples angles. Jusqu'à présent, ce-

pendant, l'étude de l'État de droit était principalement axée sur le droit constitutionnel. Avec le congrès de 2025, c'est le droit de la procédure administrative qui était au centre des débats. Partant de l'AVG et de son héritage, nous avons examiné ce que la procédure administrative signifie aujourd'hui pour l'Europe et ses États, et comment elle peut apporter des réponses aux défis de l'avenir. L'intelligence artificielle et les décisions administratives prises sans aucune intervention humaine ne sont qu'un mot-clé dans ce contexte.

L'atelier des jeunes chercheurs organisé dans la salle plénière de la Cour constitutionnelle de la République tchèque a déjà montré que la procédure administrative, en tant que moyen de façonner l'avenir, occupe et stimule la relève scientifique de multiples façons y compris sur le plan social. Les problématiques traditionnelles et les nouvelles vont de pair.

Au cours de la suite de la conférence, il est apparu clairement que la loi sur la procédure administrative (AVG), qui avait été conçue à l'époque comme une solution autrichienne à des problèmes très autrichiens, peut également apporter des réponses aux questions qui se posent aujourd'hui, tant au niveau national qu'au niveau de l'Union. Ainsi, son effet unificateur, qui était à l'époque l'une des motivations centrales du législateur, peut être mis à profit dans d'autres contextes actuels.

D'une manière générale, la procédure administrative est en pleine mutation. Ce ne sont pas seulement les progrès techniques, tels que la numérisation de l'administration et la prise de décision par des algorithmes déjà évoquée, qui posent de nouveaux défis à l'administration, à son action et à ses résultats. Les attentes de la société à l'égard de l'administration évoluent également, ce que l'État et l'administration ne peuvent ignorer. La procédure administrative doit donc développer des moyens plus souples et davantage axés sur le consensus, elle doit faire face à la convergence entre, d'une part, l'accent anglo-saxon mis sur la procédure et le « due process » et, d'autre part, l'accent continental, en particulier d'Europe centrale, mis sur le résultat et sa légalité, et enfin, elle doit amalgamer toutes ces tendances en une « bonne administration » conviviale et aussi inclusive que possible.

La conférence de la SIPE a soulevé de nombreuses questions pertinentes et élaboré bon nombre de réponses qui, compte tenu de l'évolution technologique et sociale fulgurante, ne peuvent toutefois rester qu'un instantané. L'État de droit et sa mise en œuvre quotidienne dans

la procédure administrative continueront longtemps d’accompagner la SIPE – et inversement.

Ces trois journées riches en événements à Brno n’auraient pas été possibles sans le soutien de la Cour constitutionnelle tchèque, de la Cour administrative suprême tchèque et de la Faculté de droit de l’Université Masaryk, que les organisateurs remercient chaleureusement.

Les éditeurs  
*Attila Vincze*  
*Diana-Urania Galetta*  
*Ewald Wiederin*  
*Herbert Küpper*



ATELIER JUNGER WISSENSCHAFTLER  
YOUNG SCHOLARS' WORKSHOP  
ATELIER DES JEUNES CHERCHEURS :

DAS VERWALTUNGSVERFAHREN UNTER DEM EINFLUSS  
DER VERFASSUNG UND DES EUROPÄISCHEN RECHTS

ADMINISTRATIVE PROCEDURE UNDER THE INFLUENCE  
OF CONSTITUTIONAL AND EUROPEAN LAW

LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE SOUS L'INFLUENCE  
DE LA CONSTITUTION ET DU DROIT EUROPÉEN



# DIE DIGITALE TRANSFORMATION DER ÖFFENTLICHEN VERWALTUNG: WIE BEEINFLUSSEN DAS EUROPÄISCHE RECHT UND DIE VERFASSUNGSGRUNDSÄTZE AUTOMATISIERTE ENTSCHEIDUNGEN?

*Radislav Bražina\**

## 1. *Einleitung*

Die öffentliche Verwaltung steht unter dem Druck, schneller und bürgerfreundlicher zu werden. Digitalisierung gilt als Schlüssel dafür und wird auf europäischer Ebene aktiv gefördert. Automatisierung und KI halten Einzug in Behörden – Routineaufgaben können an Maschinen delegiert werden, was Effizienz und Service verbessert.<sup>1</sup> Viele Verwaltungsverfahren, von der Antragsstellung bis zum Bescheid, laufen heute bereits elektronisch ab. Automatisierte Entscheidungssysteme gehen jedoch einen Schritt weiter: Sie treffen Entscheidungen vollständig ohne menschliches Zutun. Beispiele sind etwa automatische Steuerbescheide, die Berechnung bestimmter Sozialleistungen durch Software oder die automatisierte Vergabe einfacher Genehmigungen.

Die Vorteile liegen auf der Hand, solche Systeme können rund um die Uhr arbeiten, machen keine Flüchtigkeitsfehler, und sie versprechen Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung. Bürger und Unternehmen profitieren von beschleunigten Verfahren und einer gleichmäßigen Behandlung ihrer Anliegen. Doch Automatisierung bedeutet immer auch Schematisierung. Wo ein Mensch vielleicht flexible Lösungen findet oder nachsichtige Ermessensentscheidungen trifft, arbeitet ein Algorithmus strikt nach vordefinierten Regeln. Individuelle Besonderheiten des Einzelfalls können leicht übergangen werden, wenn sie nicht im Programmcode antizipiert sind. Hier entsteht ein Spannungsfeld zwischen Effizienz

\* JUDr. Radislav Bražina, Ph.D., Odborný asistent, Katedra správní vědy a správního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno (Assistenzprofessor, Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft und Verwaltungsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Masarykov-Universität Brunn).

<sup>1</sup> FRAUNHOFER-INSTITUT FÜR ARBEITSWIRTSCHAFT UND ORGANISATION (IAO), *Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung – Anwendungsfelder und Szenarien*. Stuttgart, 2020.

auf der einen Seite und den Grundprinzipien von Rechtmäßigkeit und Einzelfallgerechtigkeit auf der anderen.

Verwaltungshandeln steht im Spannungsfeld zwischen innovativen Gestaltungsmöglichkeiten und rechtlicher Sicherheit. Diskutiert wird, ob experimentelles Verwaltungsrecht in Form zeitlich oder sachlich begrenzter Modellprojekte (sogenannte *regulatory sandboxes*) einen Ausweg bieten kann, um neue Technologien kontrolliert zu erproben, ohne den Rechtsstaat zu gefährden.<sup>2</sup> Themen dieses Beitrags sind der Einfluss des Europarechts und EU-Grundrechte – sowie der nationalen Verfassungsprinzipien auf die Grenzen und Gestaltungsspielräume automatisierter Verwaltungsentscheidungen. Dabei steht der Schutz der Grundrechte stets im Mittelpunkt: Jede digitale Neuerung muss sich am Menschen und seinen Rechten orientieren, nicht umgekehrt.<sup>3</sup>

## 2. Europarechtliche Grundlagen: DSGVO, AI-Act und EU-Grundrechte

DSGVO (EU-Datenschutz-Grundverordnung) schützt Betroffene vor ausschließlich automatisierten Entscheidungen mit erheblicher Wirkung. Solche automatisierten Entscheidungen sind nur unter engen Voraussetzungen erlaubt – etwa bei ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage oder Einwilligung – und es müssen Schutzmaßnahmen vorgesehen sein (Art. 22 DSGVO). Die DSGVO verpflichtet Behörden zudem zu Transparenz und Betroffene haben das Recht auf Auskunft über die involvierte Entscheidungslogik und auf menschliches Eingreifen in den Prozess.<sup>4</sup>

Der AI-Act wird der erste EU-Rechtsrahmen für KI. Er verbietet KI-Anwendungen mit unannehmbarem Risiko (z.B. Social Scoring durch Behörden). Er kategorisiert viele Verwaltungs-KI-Systeme als „hochrisikoreich“. Solche dürfen nur eingesetzt werden, wenn strenge Auflagen erfüllt werden (Risikomanagement, Dokumentation, Transparenz, menschliche Aufsicht). Die EU-Kommission betont, dass der AI-Act die

<sup>2</sup> B. LIM / C. H. LOW, *Regulatory sandboxes*. In: MADIR (ed.) *FinTech: Law and Regulation*. 2nd ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2021, 340–364.

<sup>3</sup> A. FLÜCKIGER, *Tracing the Evolutionary Path of Experimental Law: From Comparative Law to Regulatory Sandboxes*. *Acta Univ. Carolinae Iuridica* 70(2), 2024, 13–34.

<sup>4</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Better Regulation Toolbox* (Better regulation guidelines and toolbox) [online]. 24.6.2025.

Grundrechte der EU-Bürger wahrt und besonderes Augenmerk auf ethische und rechtliche Fragen legt.<sup>5</sup>

Die Vorgaben der EU-Grundrechtecharta sind auch im digitalen Verwaltungsverfahren strikt einzuhalten. Besonders relevant ist Art. 8 GRCh (Recht auf Datenschutz) – der Schutz personenbezogener Daten als zentrales Grundrecht. Hinzu kommt das Recht auf gute Verwaltung (Art. 41: transparente, begründete Entscheidungen), das Diskriminierungsverbot (Art. 21) und der Anspruch auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47). Diese Grundrechte prägen die Anforderungen an KI-Systeme. Sie wirken als Schranken und der digitale Staat muss die Werte der europäischen Rechtsgemeinschaft – vom Datenschutz bis zur Gleichheit – wahren, damit technischer Fortschritt nicht auf Kosten der Bürgerrechte geht.<sup>6</sup> Diese unionsrechtlichen Vorgaben werden auf nationaler Ebene durch verfassungsrechtliche Leitprinzipien konkretisiert.

### 3. Verfassungsrechtliche Prinzipien (nationales Recht)

Nationale Verfassungsgrundsätze setzen dem Einsatz automatisierter Entscheidungen weitere Grenzen.

Verwaltungshandeln bedarf einer gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip – Vorbehalt des Gesetzes). Automatisierte Entscheidungen dürfen nur aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung des Gesetzgebers erfolgen – der Einsatz von Algorithmen unterliegt dem Primat des Rechts. So verlangt etwa § 35a VwVfG (Bund), dass vollautomatische Verwaltungsakte nur aufgrund einer speziellen gesetzlichen Regelung zulässig sind.

Auch beim KI-Einsatz müssen Grundrechtseingriffe geeignet, erforderlich und angemessen sein. Automatisierte Maßnahmen dürfen nicht über das Ziel hinausschießen; ihre Intensität ist am legitimen Zweck zu

<sup>5</sup> T. BUOCZ / S. PFOTENHAUER / I. EISENBERGER, Regulatory sandboxes in the AI Act: reconciling innovation and safety? *Law, Innovation and Technology* 2023, vol. 15, no. 2, 357–389.

<sup>6</sup> R. PARENTI, *Regulatory sandboxes and innovation hubs for FinTech: impact on innovation, financial stability and supervisory convergence*. Luxembourg: European Parliament, Policy Dept. for Economic, Scientific and Quality of Life Policies (Study for ECON Committee), 2020.

orientieren. Es gilt, Bürgerrechte zu schonen und nur minimalinvasiv in Daten einzugreifen.

Betroffene haben ein Recht auf effektiven Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte. Auch algorithmische Entscheidungen müssen überprüfbar und anfechtbar bleiben. Gerichte und Bürger brauchen Nachvollziehbarkeit – ein rein technokratisches „Black-Box“-Entscheiden ohne Erklärung würde den Anspruch auf Rechtsschutz verletzen.

Der Mensch darf nicht zum bloßen Objekt technischer Abläufe degradiert werden. Vollständig autonome Entscheidungen in existenziellen Bereichen berühren die Menschenwürde, da die individuelle Betrachtung des Einzelfalls fehlt.<sup>7</sup> Ein „menschwürdiger“ Ausgleich ist nötig – menschliche Wertungen, Empathie und Billigkeit müssen im Entscheidungsprozess Platz haben.

#### 4. *Rechtliche Grenzen und Anforderungen an KI-Systeme*

Hochriskante KI-Anwendungen mit unververtretbaren Auswirkungen sind untersagt. Der AI-Act verbietet z.B. behördliches Social Scoring oder KI-Massenüberwachung, die fundamentale Werte verletzen würden.<sup>8</sup> Solche Systeme dürfen von Verwaltungen gar nicht erst eingesetzt werden.

KI-gestützte Entscheidungen sind grundsätzlich unzulässig, außer ein Gesetz erlaubt es ausdrücklich oder der Bürger stimmt zu. Art. 22 DSGVO formuliert ein Verbot mit Ausnahmen – die Verwaltung darf Algorithmen nie ohne Rechtsgrundlage über Rechte von Bürgern entscheiden lassen.

Selbst wenn KI-Systeme eingesetzt werden, müssen Behördenentscheidungen für Betroffene nachvollziehbar bleiben. Bürger haben Anspruch auf Erklärung der wesentlichen Entscheidungsfaktoren – welche Daten wurden wie verarbeitet, welche Logik lag zugrunde? Eine nachvollziehbare Begründung ist rechtlich erforderlich, um Vertrauen zu sichern und effektive Anfechtbarkeit zu ermöglichen. Fehlt die Transparenz, wird der effektive Rechtsschutz vereitelt. Der EuGH warnt, dass

<sup>7</sup> OECD, *Supporting FinTech Innovation in the Czech Republic: Regulatory Sandbox Design Considerations*. OECD iLibrary [online], 21. 6. 2025.

<sup>8</sup> W. RINGE / C. H. RUOF, *Regulating FinTech in the EU: The Case for a Guided Sandbox*. *European Journal of Risk Regulation* [online], 2020, vol. 11, no. 3, 604–629.

die Opazität komplexer KI-Systeme Betroffene ihres Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 47 EU-GRCh) berauben kann.<sup>9</sup>

Automatisierte Verfahren sind so zu gestalten, dass stets ein Verantwortlicher eingreifen kann. Ein „Human-in-the-loop“ ist Pflicht – die Ergebnisse eines Algorithmus dürfen nicht ungeprüft vollzogen werden. Dies stellt sicher, dass Fehler korrigiert und die letzten Entscheidungen von Menschen verantwortet werden. Entsprechend hat auch der EuGH klargestellt, dass ein durch automatisierte Auswertung gewonnenes Ergebnis vor einer nachteiligen Maßnahme individuell durch einen Menschen überprüft werden muss.<sup>10</sup>

### 5. Beispiele aus Europa: Automatisierte Verwaltung in der Praxis

Deutschland: § 35a VwVfG erlaubt vollautomatisierte Verwaltungsakte nur bei strikt regelgebundenen Entscheidungen ohne Ermessen. Entscheidungen, die Wertungen erfordern (z.B. Disziplinarmaßnahmen), müssen von Menschen getroffen werden. Diese strikte Vorgabe bremst zwar den KI-Einsatz, wird aber als rechtsstaatliche Kontrolle begründet. Steuerbescheide werden teilweise automatisiert erstellt, jedoch stets mit nachgelagerter menschlicher Endkontrolle.

Frankreich: Ein Gesetz verpflichtet Behörden, algorithmische Entscheidungsverfahren und deren Regeln offenzulegen. Bürger können erfragen, ob und wie ein Algorithmus an einer Entscheidung beteiligt war.

Estland: Bereits über ein Dutzend Verwaltungsprozesse werden von KI unterstützt (z.B. prüft eine KI per Satellitenbild, ob Bauern Subventionen erhalten – menschliche Inspektoren wurden hier ersetzt). Ambitioniert ist das Pilotprojekt eines „KI-Richters“. Algorithmen sollen über kleine Zivilklagen bis 7000 €entscheiden, allerdings mit Recht zur Berufung – ein menschlicher Richter überprüft auf Wunsch den Fall.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> D. A. ZETZSCHE, Regulating a Revolution: from Regulatory Sandboxes to Smart Regulation. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* [online], 2017, vol. 23, no. 1, 31–103.

<sup>10</sup> F. PALMIOTTO, The Role of Courts Before and After the AI Act. In: *Verfassungsblog: On Matters Constitutional* [online]. 5. 1. 2023.

<sup>11</sup> F. PALMIOTTO, The Role of Courts Before and After the AI Act. In: *Verfassungsblog: On Matters Constitutional* [online]. 5. 1. 2023.

## 6. *Transparenz bei automatisierten Entscheidungen*

Nachvollziehbare Transparenz von Entscheidungen ist entscheidend für die rechtsstaatliche Qualität der Verwaltung. Bürger und Gerichte müssen verstehen können, wie ein Bescheid zustande kam, sonst leidet das Vertrauen in die digitale Verwaltung.

Die DSGVO schreibt vor, dass Betroffene bei automatisierten Entscheidungen informiert werden (Art. 15 DSGVO). Der AI-Act wird für Hochrisiko-KI in Behörden detaillierte Dokumentations- und Offenlegungspflichten festlegen. Algorithmen dürfen kein Geheimwissen der Verwaltung sein.

Erste Verwaltungen schaffen Algorithmen-Register – öffentliche Verzeichnisse der eingesetzten KI-Systeme mit Beschreibung ihres Zwecks und ihrer Funktionsweise. Frankreich listet z.B. behördliche Entscheidungsalgorithmen öffentlich auf.

## 7. *Vermeidung algorithmischer Diskriminierung*

Neben Transparenz zählt die Sicherung der Nichtdiskriminierung zu den Kernanforderungen beim KI-Einsatz. KI-gestützte Entscheidungen dürfen nicht aufgrund von Algorithmus-Bias bestimmte Gruppen systematisch benachteiligen. Algorithmen reproduzieren bisweilen Verzerrungen aus fehlerhaften oder einseitigen Trainingsdaten – dem muss aktiv entgegengewirkt werden.

Die EU-Grundrechtecharta gebietet die Gleichbehandlung (Art. 21 GRCh). Der AI-Act adressiert das Risiko unfairer Ergebnisse durch Vorgaben an Datenqualität und Risikomanagement bei Hochrisiko-Systemen. Allerdings bietet etwa die DSGVO selbst nur begrenzten Schutz gegen algorithmische Diskriminierung, da sie primär auf individuelle Rechte abzielt und kollektive Verzerrungen (z.B. Benachteiligung bestimmter sozialer Gruppen) nicht ausdrücklich erfasst. Hier sind ergänzende Maßnahmen gefragt.

Ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen durch KI-Systeme können das Vertrauen der Bürger massiv erschüttern. Wenn etwa ein automatisiertes System systematisch Anträge einer bestimmten Personengruppe ablehnt oder schlechter bewertet, steht das Gleichheitsgebot auf dem Spiel. Ein bekanntes Beispiel sind fehlerhafte Scoring-Systeme, die so-

zial Schwächere benachteiligten – solche Fälle verdeutlichen, dass KI-gestützte Entscheidungen immer auf potenziellen Bias zu prüfen sind. Behörden müssen daher bereits bei der Entwicklung und Beschaffung von KI-Lösungen auf Diversität der Daten und diskriminierungsfreie Ausgestaltung achten. Auch regelmäßige Algorithmen-Audits und Tests sind sinnvoll, um verzerrte Entscheidungsmuster frühzeitig aufzudecken und gegenzusteuern.

Der AI-Act verlangt, dass KI-Systeme für Verwaltungszwecke Vorkehrungen gegen Diskriminierung treffen (etwa Pflicht zur Überwachung auf Bias und zur Korrektur bei auffälligen Ergebnissen). Zudem könnten unabhängige Stellen stärker eingebunden werden. Über die bestehenden Datenschutzkontrollen hinaus ließe sich eine externe Überprüfung von Algorithmen etablieren, um strukturelle Benachteiligungen transparent zu machen. Zwar ermöglichen die Transparenzregeln der DSGVO keine vollständige Einsicht in die Systemlogik, doch Aufsichtsbehörden können im Rahmen von Prüfungen zumindest die Auswirkungen der Systeme untersuchen. Auch Antidiskriminierungsstellen und die Zivilgesellschaft spielen eine Rolle, indem sie auf Probleme aufmerksam machen und notfalls rechtliche Schritte einleiten, falls Bürger durch KI-gestützte Entscheidungen diskriminiert werden.

Die Wissenschaft diskutiert intensiv, wie algorithmische Fairness erreicht werden kann. Es wurden zahlreiche Metriken und technische Strategien entwickelt, um Verzerrungen zu messen und gerechte Ergebnisse zu fördern. Allerdings bleibt die rechtliche Bewertung unfairer Algorithmen anspruchsvoll – Begriffe wie *Diskriminierung* oder *Gleichheit* haben im juristischen Kontext eigenständige Definitionen und Maßstäbe, die nicht deckungsgleich mit technischen Fairness-Kriterien sind.<sup>12</sup>

## 8. „Human-in-the-Loop“: Menschliche Kontrolle als Prinzip

Konzept: *Human-in-the-Loop* bedeutet, dass ein Mensch im Entscheidungsprozess eingebunden bleibt – sei es bei der finalen Entscheidung oder zumindest in der Überwachung. Dies fungiert als Mindest-Schutz-

<sup>12</sup> D. A. ZETSCHE, *Regulating a Revolution: from Regulatory Sandboxes to Smart Regulation*. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law* [online], 2017, vol. 23, no. 1, 31–103.

mechanismus gegen rein automatische Entscheidungen. Kein wichtiger Verwaltungsakt soll völlig unbeeinflusst von menschlichem Ermessen ablaufen.

Art. 22 DSGVO garantiert betroffenen Personen das Recht auf menschliches Eingreifen und Überprüfung, wenn sie einer automatisierten oder KI-gestützte Entscheidung unterworfen sind. Der EU AI Act fordert in Art. 14 ausdrücklich eine menschliche Aufsicht über Hochrisiko-KI – Systeme müssen so gestaltet sein, dass Bediener die Ergebnisse nachvollziehen und notfalls abschalten oder korrigieren können.<sup>13</sup>

Menschliche Letztverantwortung sichert die Achtung von Grundrechten und Würde. Nur Menschen können eine ganzheitliche Würdigung des Einzelfalls vornehmen (Billigkeit, besondere Umstände) – diese Perspektive darf im automatisierten Prozess nicht verloren gehen. Entscheidungen, die eine ethische oder soziale Dimension haben, dürfen nicht allein Maschinen überlassen werden.

Estlands geplantes KI-Gerichtssystem sieht immer die Möglichkeit vor, gegen das Algorithmus-Urteil Berufung bei einem menschlichen Richter einzulegen.<sup>14</sup> Dieses Modell eines „human-in-the-loop“ stellt sicher, dass letztlich ein Mensch die Verantwortung trägt und korrigierend eingreifen kann, falls der Algorithmus falsch liegt – ein praxisnahes Beispiel für die Umsetzung des Human-in-the-Loop-Prinzips.

## 9. *Verantwortlichkeit und Haftung*

Trotz KI-Unterstützung bleibt die Verwaltung rechenschaftspflichtig. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass Entscheidungen einer Person zugeordnet werden können, die verantwortlich und – falls nötig – haftbar ist. Automatisierte Systeme dürfen daran nichts ändern: Behörden müssen intern eindeutig festlegen, welcher Amtsträger eine durch KI vorbereitete Entscheidung freigibt und verantwortet. Es darf kein rechtsfreier Raum entstehen, in dem am Ende „niemand verantwortlich“ ist. So müssen Bescheide – auch wenn sie automatisch erstellt wurden – immer von einer berechtigten Person erlassen oder zumindest kontrolliert wer-

<sup>13</sup> S. BAROCAS / A. D. SELBST, Big Data's Disparate Impact. *California Law Review* 104(1), 2016, 671–729.

<sup>14</sup> DEUTSCHLANDFUNK NOVA, *KI-Richter in Estland fällt Urteile per Algorithmus*, 27. 3. 2019.

den. Die Letztverantwortung liegt beim Menschen; das zeigt sich auch in Regelungen wie § 35a VwVfG, die bewusst als rechtsstaatliches Kontrollinstrument geschaffen wurden. Der Gesetzgeber entscheidet über den Einsatz von Automatisierung, um Verfahrensrechte zu wahren und seine demokratische Gestaltungshoheit zu sichern.<sup>15</sup>

Um Verantwortlichkeit praktisch sicherzustellen, sind organisatorische Maßnahmen unerlässlich. Die Verwaltung muss Fachpersonal und Entscheidungsträger entsprechend schulen und sensibilisieren, damit sie die Funktionsweise von KI-Systemen verstehen und kritische Ergebnisse hinterfragen können. Zudem braucht es interne Kontrollprozesse – etwa ein Vier-Augen-Prinzip bei KI-gestützten Entscheidungen – sowie Protokollierungs- und Dokumentationspflichten, damit im Nachhinein geprüft werden kann, wie eine Entscheidung zustande kam. Eine kontinuierliche Überwachung der Systeme im laufenden Betrieb ist erforderlich, um Fehlentwicklungen sofort zu bemerken. All dies stellt sicher, dass KI-Anwendungen rechtskonform eingesetzt werden und im Fehlerfall rasch korrigiert werden können.

Neben der internen Verantwortungsstruktur spielt auch externe Aufsicht eine Rolle. Datenschutzbehörden und andere Aufsichtsinstanzen sind befugt, automatisierte oder KI-gestützte Entscheidungssysteme behördlich zu prüfen – sie können etwa Auskünfte verlangen, Audits durchführen oder Datenschutz-Folgenabschätzungen einsehen.<sup>16</sup> Diese unabhängigen Kontrollen erhöhen die Rechenschaftsfähigkeit der Verwaltung. Werden durch einen Algorithmus Rechte verletzt (z.B. die unberechtigte Ablehnung eines Bürgeranliegens), muss die Verwaltung haften wie für jeden menschlichen Fehler. Die bestehenden Haftungsmechanismen (Amtshaftung des Staates, Schadensersatzansprüche der Bürger) gelten fort und motivieren zugleich, bei Einführung von KI größte Sorgfalt walten zu lassen. In der Rechtswissenschaft wird zwar diskutiert, ob es angepasste Haftungsregeln für KI-Systeme braucht – derzeit trägt aber die Behörde das Risiko. Entscheidend bleibt: Die Technik darf nie so vorgeschoben werden, dass niemand mehr greifbar ist. Bürger müssen ihr Recht gegenüber der Verwaltung auch dann durchsetzen können,

<sup>15</sup> J. C. SWOBODA, Künstliche Intelligenz in der Verwaltung, *Legal Tribune Online*, 13. 5. 2025.

<sup>16</sup> A. TAEIHAGH / M. RAMESH / M. HOWLETT, Assessing the regulatory challenges of emerging disruptive technologies. *Regulation & Governance*, 2021, vol. 15, no. 4, 1009–1019.

wenn ein Algorithmus im Spiel war. Das setzt vollständige Nachvollziehbarkeit voraus (wer hat was entschieden und auf welcher Grundlage), damit Gerichte im Streitfall Verantwortlichkeiten zuordnen können. Kurz: KI-Einsatz entbindet nicht von der traditionellen Verantwortlichkeit des Verwaltungshandelns, sondern macht sie umso wichtiger.

## 10. *Ausblick und Fazit*

Die Regulierung entwickelt sich stetig weiter. Der AI-Act setzt verbindliche Regeln – Verwaltungen in der EU müssen Compliance-Strukturen für KI schaffen. In Deutschland etwa wird über eine Reform von § 35a VwVfG diskutiert, um den strikten Automatismus-Vorbehalt zu lockern und moderne KI-Verfahren rechtssicher zu integrieren. Die bisherige starre Regelung – ursprünglich als Schutzmechanismus gedacht – erweist sich zunehmend als Innovationsbremse, besonders bei streng gebundenen Entscheidungen. Daher fordern Stimmen einen differenzierten, risikobasierten Ansatz statt eines pauschalen Verbots.<sup>17</sup> Ziel ist ein Rechtsrahmen, der effiziente Automatisierung ermöglicht und zugleich angemessene Kontrollen je nach Risikograd vorsieht.

Zugleich fördern EU und Mitgliedstaaten experimentelle Ansätze, um Innovation und Rechtsschutz auszubalancieren. So sieht der Entwurf des AI-Act regulatorische Sandboxes vor – geschützte Experimentierräume, in denen Behörden und Unternehmen KI-Systeme unter Aufsicht erproben können. Solche kontrollierten Testfelder sollen Fortschritt ermöglichen, während strikte Bedingungen und Überwachung sicherstellen, dass weder Sicherheit noch Grundrechte beeinträchtigt werden.

Die digitale Transformation der Verwaltung muss mit den rechtsstaatlichen Grundwerten in Einklang bleiben. Effizienzgewinne dürfen nicht auf Kosten von Transparenz, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten gehen. Verwaltungshandeln muss auch digital bürgerzentriert und nachvollziehbar bleiben – der direkte Bürgerkontakt und die Würde des Individuums behalten oberste Priorität. Moderne Verwaltung sollte Technologien nutzen, ohne den Menschen aus dem Auge zu verlieren:

<sup>17</sup> FRAUNHOFER-INSTITUT FÜR ARBEITSWIRTSCHAFT UND ORGANISATION (IAO), *Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung – Anwendungsfelder und Szenarien*. Stuttgart, 2020.

Bürgernähe und rechtliches Gehör müssen auch im automatisierten Prozess gewahrt bleiben.

Die EU betont einen humanistischen Ansatz bei neuer Technologie. Dieser Kurs zeigt, dass Innovation und Grundrechtsschutz sollen Hand in Hand gehen. Eine vertrauenswürdige KI in der sich Verwaltung an den europäischen Werten orientiert und ethische sowie rechtliche Überlegungen von Anfang an einbindet.

Abschließend lässt sich festhalten, dass KI-gestützte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung nur in einem klar abgesteckten rechtlichen Rahmen vertretbar sind. Die Analyse hat gezeigt, dass dafür insbesondere strenge Transparenz- und Begründungspflichten gelten müssen – Bürger haben ein Anrecht darauf zu erfahren, ob und wie ein Algorithmus ihr Anliegen bearbeitet hat, und welche Kriterien dafür maßgeblich waren. Nur wenn Verwaltungsverfahren nachvollziehbar bleiben, können Vertrauen und effektiver Rechtsschutz sichergestellt werden. Ebenso unumgänglich ist die Wahrung der Menschenwürde und individuellen Handlungsfreiheit: Kein Bürger darf zum bloßen Objekt automatisierter Abläufe degradiert werden. Deshalb verlangen verfassungsrechtliche Leitplanken stets eine menschliche Letztkontrolle und Empathie im Verfahren – ein „Human-in-the-Loop“-Prinzip, das technisch flankiert werden muss. Drittens unterliegt die digitale Verwaltung dem Primat des Rechts: Klare gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen sind Voraussetzung, bevor Algorithmen rechtsverbindliche Entscheidungen treffen dürfen. Sowohl der nationale Gesetzgeber (z. B. mit § 35a VwVfG in Deutschland) als auch das Europarecht (Art. 22 DSGVO) haben unmissverständlich klargestellt, dass vollautomatisierte Einzelentscheidungen nur ausnahmsweise zulässig sind – nämlich wenn ein formelles Gesetz es erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat.

Mit Blick auf die Zukunft ist ein vorsichtiger Optimismus angebracht. Europäische Regelwerke wie der AI-Act setzen verbindliche Schranken, an denen sich die Mitgliedstaaten orientieren müssen. Dies erfordert in der Praxis, dass Verwaltungen frühzeitig Compliance-Strukturen für KI etablieren und ihre Systeme an die neuen Vorgaben anpassen. Der Gesetzgeber wird künftig gefordert sein, einerseits klare Grenzen und Aufsichtsstrukturen zu schaffen (beispielsweise durch unabhängige Prüfstellen oder verstärkte Befugnisse der Datenschutz- und Verwaltungsaufsichtsbehörden) und andererseits Freiräume für verantwortungsvolle Innovation zu ermöglichen. Verwaltungsbehörden selbst

tragen die Verantwortung, technische und organisatorische Vorkehrungen zu treffen: von der sorgfältigen Auswahl und Prüfung der Algorithmen über interne Kontrollmechanismen (etwa ein Vier-Augen-Prinzip bei KI-gestützte Entscheidungen) bis hin zur fortlaufenden Überwachung im Echtbetrieb. Zudem ist die Kompetenzbildung ein Schlüsselfaktor: Behördenpersonal muss im Umgang mit KI-Systemen geschult werden, um Funktionsweisen zu verstehen, Ergebnisse kritisch hinterfragen zu können und notfalls korrigierend einzugreifen. Schließlich bedarf es auch einer Sensibilisierung der Öffentlichkeit – Bürgerinnen und Bürger sollten ihre Rechte gegenüber KI-gestützte Entscheidungen kennen und Vertrauen entwickeln können, dass digitale Verwaltungsprozesse fair und nachvollziehbar ablaufen.

Die bisherigen europäischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben liefern dafür einen strengen, aber notwendigen Ordnungsrahmen. Sie stellen sicher, dass Algorithmen nur dort zum Einsatz kommen, wo sie dem Menschen dienen und seine Würde achten. Gelingt es Gesetzgeber und Verwaltung, diese Leitplanken konsequent einzuhalten und zugleich offen für verantwortungsvolle Innovation zu bleiben, dürfte sich ein verwaltungskultureller Wandel vollziehen: Ein moderner Staat, der digital effizient arbeitet, ohne die Werte des Rechtsstaats zu kompromittieren.

# ADMINISTRATIVE PROCEDURES IN THE SHADOW OF DIGITAL TRANSFORMATION: BETWEEN OLD PRINCIPLES AND NEW REGULATIVE EFFORTS

*Elisabeth Paar\**

Writing about the digital transformation of administrative procedures in 2025 as a legal scholar is tricky. This seems to be particularly true for contributions focused on the general implications of new technologies in the light of core legal principles rather than assessing a specific use case against the backdrop of a certain facet of an administrative procedure or the part of law governing it. Not because every legal problem potentially arising has been solved, making any new scholarly assessment inevitably repetitive and thereby redundant. In fact, quite the opposite is the case: Despite an abundance of books and papers written on this very topic, taking various approaches and viewpoints, one cannot shake the feeling that while seemingly everything has been said, nothing has been solved for good.

In this contribution, I attempt to illustrate why even the most insightful, comprehensive legal contributions on this topic are seemingly reaching a deadlock when attempting to spell out the additional capabilities of technologies like Artificial Intelligence (AI) required in order to fulfill the standards set by the law for administrative procedures.<sup>1</sup> To this end, I start out by looking back, revisiting early scholarship on automating administrative decision-making (1.). After a brief overview of the most essential technological terms and their corresponding features (2.), I outline the constitutional (3.) and the European (4.) legal frameworks that govern (and limit) automated administration as well as their approaches towards the digital transformation of administrative procedures. Next, I zoom in on the specific role the Austrian General Administrative Procedure Act may play when it comes to automating administrative decision-making (5.). Having sufficiently outlined both the technological as

\* Univ.-Ass. Dr. Elisabeth PAAR, LL.M. (Yale), Department of Public Law and Political Science, University of Graz, Austria.

<sup>1</sup> While the focus of the following pages lies on Austria and the EU, the observations are for the most part equally applicable to other legal systems founded on the same core principles as the Austrian and the European one.

well as the legal foundations, I turn to some puzzles and some fundamental objections (6.) in response to different reasoning approaches in scholarship to overcome the challenges of automating administrative decision-making. Finally, I conclude by acknowledging the transformative force of AI while pleading for taking into consideration that this force of AI may eventually end up breaking law as we know it (7.).

### 1. *Humble Beginnings, Profound Effects*

The legal debate on the digital transformation of administrative procedure is not the product of the last few years, arising as AI in particular has become a universally known and discussed technology.<sup>2</sup> Rather, it dates back many decades.<sup>3</sup> The questions posed, the challenges identified and the solutions suggested in many of these earlier pieces of legal scholarship are remarkably similar to those we are discussing today, despite the level of technological sophistication serving as the reference point being substantially different.

In this section, I carve out some of these earlier contributions. It goes without saying that I do so in a merely illustrative manner. Furthermore, the scholarly pieces I am choosing are, of course, the ones most relevant for the overarching theme of this volume (“100 Years of the Rule of Law in Everyday Life: from the Austrian General Administrative Procedure Act to the European Administrative Procedure”) and, more specifically, the Young Scholars’ Workshop (“Administrative Procedure Under the Influence of Constitutional and European Law”).

#### 1.1. *Niklas Luhmann’s 1966 Vision*

The first piece of scholarship to point to is *Niklas Luhmann’s* “Law

<sup>2</sup> A turning point in how AI is perceived in society has certainly been the release of ChatGPT in 2022. However, even prior to the introductions of Large Language Models (LLMs) to a broad audience, the digital transformation of administrative procedures has increasingly become a subject of discussion in light of the rise of ML-based AI trained on big data in recent years. See below at 2.

<sup>3</sup> On how scholarship over the past decade has explored the impacts of automating various facets of criminal, civil, and administrative justice see, e.g., Ryan CALO / Danielle CITRON, ‘The Automated Administrative State: A Crisis of Legitimacy’ (2021) 70 *Emory Law Journal* 797, 805.

and Automation in Public Administration,” published in 1966.<sup>4</sup> It is often cited as a prophetic account of how computers could transform administrative decision-making.<sup>5</sup> Indeed, *Luhmann* foresaw nothing less than a revolutionization of the structure of administration through automation. Writing at a time when government data processing was rudimentary, he discussed how routine administrative tasks and decisions in particular might eventually be handled by machines following predefined rules. He also acknowledged the core differences between human decision-making and computer decision-making.<sup>6</sup> Most importantly, *Luhmann* provided a sound theoretical basis for addressing these questions in a holistic manner.<sup>7</sup> Simultaneously, he identified various specific challenges regarding the implementation of digital tools in practice along the way, recognizing the complexity of real-life cases and the limits of programming as potentially constraining the scope of automation. Against this backdrop, he observed that the introduction of automation technologies is rarely a merely incidental matter, but rather typically necessitates more fundamental organizational transformations.<sup>8</sup>

### 1.2. Laurence Tribe’s 1971 Warning

On the other side of the Atlantic, the transformative potential of computation for legal decision-making was equally recognized. The tone struck by US constitutional scholar *Laurence H. Tribe* was, however, different from *Luhmann’s* rather optimistic take. In his 1971 Harvard Law Review article titled “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process,” *Tribe* critiqued the growing enthusiasm for injecting mathematical and statistical methods into legal adjudication, carving out the various problems associated with introducing probabilistic evidence

<sup>4</sup> The original full title of this work is *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*. In 1997, a second unrevised edition of this book was published. The latter is the edition I cite here.

<sup>5</sup> Another early influential piece of scholarship by a German legal scholar is Hans Peter BULL, *Verwaltung durch Maschinen: Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, Grote 1964.

<sup>6</sup> See Niklas LUHMANN, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, 2<sup>nd</sup> ed., Duncker & Humblot 1997, 62 ss.

<sup>7</sup> See on LUHMANN’S methodological approach his remarks at *ibid* 13.

<sup>8</sup> *Ibid* 81 ss.

into court to establish facts.<sup>9</sup> Although his focus was on the courtroom, the spirit of his critique applies broadly to any legal decision process that seeks to leverage algorithmic or probabilistic techniques, making it equally relevant for administrative procedures. *Tribe's* core argument was that a blind embrace of quantitative methods could seduce the unfamiliar juror or judge into a perception of objectivity,<sup>10</sup> notably pointing to a phenomenon widely discussed today in the context of AI – mostly by reference to automation bias.<sup>11</sup> He stressed that probabilistic evidence or computer-generated conclusions carry an aura of scientific certainty that can overshadow the qualitative, narrative, and humane aspects of justice.<sup>12</sup> In *Tribe's* view, this reliance on mathematics and algorithms risked dehumanizing the legal process, changing the very character of the trial process itself.<sup>13</sup> The “ritual” of a human trial – imperfect but valued for its transparency and deliberative nature – could be undermined by what he called “trial by mathematics,” where decisions might be seen as emanating from impersonal calculations rather than a human sense of justice.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Laurence H. TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process* (1971) 84 *Harvard Law Review* 1329.

<sup>10</sup> *Ibid* 1331 s.

<sup>11</sup> See, e.g., Stefan STRAUSS, ‘Deep Automation Bias: How to Tackle a Wicked Problem of AI?’ (2021) 5 *Big Data and Cognitive Computing* 18. See also, specifically with regard to the public sector, Saar ALON-BARKAT / Madalina *Busuioc*, ‘Human–AI Interactions in Public Sector Decision Making: “Automation Bias” and “Selective Adherence” to Algorithmic Advice’ (2023) 33 *Journal of Public Administration Research and Theory* 153.

<sup>12</sup> TRIBE (n 9) 1376: “There is at stake not only the further weakening of the confidence of the parties and of their willingness to abide by the result, but also the further erosion of the public’s sense that the law’s fact-finding apparatus is functioning in a somewhat comprehensible way, on the basis of evidence that speaks, at least in general terms, to the larger community that the processes of adjudication must ultimately serve. The need now is to enhance community comprehension of the trial process, not to exacerbate an already serious problem by shrouding the process in mathematical obscurity”.

<sup>13</sup> *Ibid* 1375–1377.

<sup>14</sup> *Ibid* “It would be a terrible mistake to forget that a typical lawsuit, whether civil or criminal, is only in part an objective search for historical truth. It is also, and no less importantly, a ritual – a complex pattern of gestures comprising what Henry Hart and John McNaughton once called ‘society’s last line of defense in the indispensable effort to secure the peaceful settlement of social conflicts’.”

### 1.3. Early Implementations, Lasting Setting of the Course: the Austrian “Computerbescheid” in the 1980s

By the 1980s, some of the scenarios described and issues raised by *Lubmann* and *Tribe* began to materialize – though, of course, independently from one another – in concrete administrative practices in Austria. The term “*Computerbescheid*” (literal translation: “computer [issued] decision” or “computer decree”) entered the Austrian legal vocabulary to describe an administrative decision generated by a computer program. Austrian administrative law had to confront a core question highly relevant to this day: Under which conditions, if at all, could a decision generated by a machine be considered a valid individualized administrative act (“*Bescheid*”)?

In a series of scholarly debates and decisions by Austrian agencies and courts, a doctrinal framework for this issue emerged over the years.<sup>15</sup> Crucially, the Austrian Constitutional Supreme Court held that an automated decision is attributable to the administration – and thus legally valid as an official act – if two key conditions are met: First, the decision is clearly issued in the name of the competent administrative body, and second, either fully predetermined by programs specified by the administration or approved by a person in charge in the administration before being issued.<sup>16</sup> In other words, the machine could do the processing as long as the “will of the legal decision-maker” is traceable.

With regard to those directly affected by a decision, the Austrian Administrative Supreme Court stressed that the same substantive and procedural requirements apply to automated decisions as to traditional (meaning: human-made) decisions. This includes, in particular, the consideration of all relevant circumstances of a case, the right of the parties to be heard, providing reasons for the decision and effective legal protection.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> See, e.g., Gerhart HOLZINGER, ‘Der „Computerbescheid“ in der Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts’, in: MACHACEK / KOSTELKA / MARTINEK (eds.), *Dimensionen und Perspektiven des Rechts – FS Wilhelm Rosenzweig*, 1988; Ralf-Michael POLOMSKI, *Der Automatisierte Verwaltungsakt*, Berlin 1993. More recently, e.g., Ewald WIEDERIN, ‘E-Government und Verwaltungsverfahrenrecht’, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (ed), *Internet und Recht*, 2002.

<sup>16</sup> VfSlg 8844/1980.

<sup>17</sup> VwSlg 11.728/1985. See also UFS 15.06.2007, RV/0374- L/07.

#### 1.4. *Paul Schwartz (1992) and the Accountability Crisis*

The last example of earlier scholarly contributions and developments I am carving out in this section is the work of *Paul Schwartz*, more specifically: his article on the growing dependence of the administrative state on the collection, storage, and processing of data using computers, published in 1992.<sup>18</sup> Similar to *Tribe*, though with a specific focus on administrative decision-making rather than court proceedings, *Schwartz* considered the administration of “bureaucratic justice”<sup>19</sup> threatened by a newfound reliance on computers and data.<sup>20</sup> *Schwartz*, too, identified the computer’s “capacity to produce ‘output’ that appears seductively precise” which in turn may be perceived as “the whole of reality” as a dangerous trend towards turning our back on the value of subjective judgments by people. The more officials rely on seemingly objective machine outputs, the more they are prone to dismiss equitable considerations, individual circumstances, or compassionate departures from the norm that human judgment might afford.<sup>21</sup>

As a result, the parties of administrative proceedings, *Schwartz* stresses, are robbed of their dignity, largely by removing their capacity to understand the processes to which they have been subjected.<sup>22</sup> Beyond the immediate negative implications for the participants of a specific procedure, *Schwartz* warns that using computers, which themselves resist accountability in the course of administrative decision-making, may lead to an overarching accountability crisis as the usual avenues of accountability falter if neither the affected individual nor even the agency fully understands how the computer arrived at its conclusion.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Paul SCHWARTZ, ‘Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer’ (1992) 43 *UC Law Journal* 1321. See, in particular, *ibid* 1324 ss.

<sup>19</sup> The term “bureaucratic justice”, as *Schwartz* understands it, builds on Jerry Mashaw’ neo-Weberian perspective and refers to “administrative decision-making that pays appropriate attention to accuracy, cost-effectiveness, and the dignity of the participants.” See SCHWARTZ (n 18) 1348 ss., in particular 1349.

<sup>20</sup> SCHWARTZ (n 18) 1343 ss.

<sup>21</sup> *Ibid* 1335, 1341 ss.

<sup>22</sup> *Ibid* 1348 ss.

<sup>23</sup> *Ibid* 1372, 1376, 1378 ss.

## 2. *New Technology, Same Concerns?*

The scholarly debates outlined as well as the early practices of using digital tools in the course of administrative decision-making and the subsequent case law of Austrian courts on these efforts showcase that the topic of the digital transformation of administrative procedures as discussed in light of the rise of ML-based AI in recent years is not as revolutionary or disruptive as it has been (and still often is) framed to be. What is, though, revolutionary is how much has changed when it comes to the level of sophistication of the technology in question. The potential of the current technological state of the art for administrative procedures goes, of course, beyond merely digitizing (parts of) existing processes. Rather, automating decision logic itself and using AI to derive insights or make recommendations and decisions have become technologically feasible, at least at first glance.

While this contribution does not focus on detailing the development of digital tools up to the most recent advancements in the field of AI, it nevertheless seems worth stressing the remarkably stark contrast between the technological state of the art in the last century and the current one to properly evaluate the arguments put forth by early scholarship and court decisions and to determine their meaning for current debates. A brief overview of the most essential technological terms and their corresponding features is therefore warranted. Given that any substantial discussion of the digital transformation of administrative procedures refers particularly to the use of AI, this term shall take center stage in this contribution. Being such a broad, almost universally applicable term for digital systems of all kinds, there is no doubt that any system which is of interest here, including the digital technologies serving as the reference point for the early scholarly contributions outlined in section 1, can be qualified as AI.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> The term AI itself dates back to the 1950s. Some of the underlying technological approaches are even older. See, e.g., Michael WOOLDRIDGE, *A Brief History of Artificial Intelligence: What It Is, Where We Are, and Where We Are Going*, 2021; Marly VAN ASSEN and others, 'Artificial Intelligence: A Century-Old Story', in DE CECCO / VAN ASSEN / LEINER (eds), *Artificial Intelligence in Cardiothoracic Imaging*, 2022. See also with further references for Austria but also for Germany, e.g., Iris EISENBERGER / Franz MERLI, 'Automatisierung, Algorithmen und künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung. Eine Positionsbestimmung' (2023) 31 *Journal für Rechtspolitik* 25, 29 fn 12.

The early types of AI systems took the shape of expert systems or rule-based decision trees, often referred to as “Good Old-Fashioned AI” (GOFAI). These systems require programmers and domain experts, including lawyers, to encode decision rules directly into software. Their architecture is symbolic and deterministic: outcomes could, at least in theory, be traced back to explicit rules. However, GOFAI systems prove labor-intensive to maintain.<sup>25</sup> This is, of course, a particular challenge in law as a domain characterized by constant change and doctrinal complexity; updating such an AI system could quite often require extensive human re-programming.<sup>26</sup>

Machine learning (ML) represented a paradigm shift by allowing computers to infer patterns directly from data<sup>27</sup> rather than relying on pre-programmed rules.<sup>28</sup> Instead of specifying decision criteria *ex ante*, developers train models on large datasets from which the algorithm derives statistical associations.<sup>29</sup> This core structural difference to GOFAI makes ML-based AI systems significantly more adaptable to new contexts. At the same time, however, they are oftentimes more opaque than GOFAI systems, since the decision rules are not readily interpretable by humans.<sup>30</sup> Scholars have emphasized that even developers often cannot fully explain why an ML model produced a given output, leading to what has been described as the “black box” problem of AI.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> D. V. VINOGRADOV / L. A. IAKIMOVA, ‘Probabilistic Approach to Good Old-Fashioned Artificial Intelligence’ (2024) 58 *Automatic Documentation and Mathematical Linguistics* 135.

<sup>26</sup> Generally on the foundations and challenges of using these AI systems in the legal domain, see, e.g., Richard SUSSKIND, *Expert Systems in Law: A Jurisprudential Inquiry*, 1987.

<sup>27</sup> The particular success of ML-based AI in the last decade is largely attributed to the rise of big data, understood as the combination of massive data volumes, velocity, and variety. On big data, see, e.g., Viktor MAYER-SCHÖNBERGER / Kenneth CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, 2013.

<sup>28</sup> Pedro DOMINGOS, *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World*, 2015. See, in particular, chapter 1.

<sup>29</sup> See, e.g., Christopher BISHOP, *Pattern Recognition and Machine Learning*, New York 2006, particularly the probability theory at the core of ML (ibid 12 ss.).

<sup>30</sup> Jenna BURRELL, ‘How the Machine “Thinks”’: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms’ (2016) 3 *Big Data & Society* 1.

<sup>31</sup> While AI being a black box is not necessarily a feature of all ML-based AI systems or one exclusive to them, the challenge of not knowing how an AI system arrived at its output has become significantly more evident with the rise of ML-based AI systems in the age of big data. The topic of AI as a black box is one of the most discussed aspects of

A further leap occurred in the early 2020s with the emergence of large language models (LLMs) and their availability to the general public. From the earliest days of AI, researchers have sought to enable computers to comprehend and generate human (natural) language.<sup>32</sup> While LLMs are not the first AI systems tackling this goal, earlier AI systems were significantly less successful in doing so. In line with the overarching development of AI, early natural language processing (NLP) systems relied on hand-crafted symbolic rules. In the 2000s, neural network language models emerged, using distributed word representations to overcome the limitations of these prior models and capture longer-range linguistic patterns.<sup>33</sup> This neural turn, combined with the 2010s introduction of the Transformer architecture and the “pre-training + fine-tuning” paradigm (as seen in models like BERT and GPT-2), paved the way for today’s LLMs.<sup>34</sup> What sets modern LLMs apart from these last language models is their massive scale. For instance, OpenAI’s GPT-3, released in 2020, already contained 175 billion parameters.<sup>35</sup> Scaling up these models has not only improved performance but also yielded emergent capabilities that were absent in smaller predecessors, such as in-context learning.<sup>36</sup>

Most recently, starting with the release of models like Claude 3.7 Sonnet and DeepSeek r1, the reasoning process of LLMs has become more similar to how the human brain works. These newer models integrate reasoning as a core capability within a single model, using a hybrid rea-

AI in scholarship, particularly in legal scholarship. See, e.g., Ronald YU / Gabriele SPINA ALI, ‘What’s Inside the Black Box? AI Challenges for Lawyers and Researchers’ (2019) 19 *Legal Information Management* 2; Thomas WISCHMEYER, Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box, in: WISCHMEYER / RADEMACHER (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, 2020; Warren J VON ESCHENBACH, ‘Transparency and the Black Box Problem: Why We Do Not Trust AI’ (2021) 34 *Philosophy & Technology* 1607.

<sup>32</sup> One may think of Alan Turing’s 1950 proposal of a conversational test for machine intelligence. See Wayne XIN ZHAO and others, ‘A Survey of Large Language Models’, in: *arXiv*, 11 March 2025 <<http://arxiv.org/abs/2303.18223>>.

<sup>33</sup> Zichong WANG and others, ‘History, Development, and Principles of Large Language Models-An Introductory Survey’, in: *arXiv*, 23 September 2024 <<http://arxiv.org/abs/2402.06853>>.

<sup>34</sup> *Ibid.* See, in particular, the graphic illustration of the developmental stages of language models (LM).

<sup>35</sup> Will Douglas HEAVEN, ‘OpenAI’s New Language Generator GPT-3 Is Shockingly Good—and Completely Mindless’, (2020) *MIT Technology Review* <<https://www.technologyreview.com/2020/07/20/1005454/openai-machine-learning-language-generator-gpt-3-nlp/>>.

<sup>36</sup> ZHAO and others (n 32).

soning approach, combining quick answers with deliberate, step-by-step analysis for complex problems. A key innovation enabling the latter is chain-of-thought prompting, which elicits the step-by-step reasoning. Providing intermediate reasoning steps dramatically improves accuracy on complex tasks like math word problems.<sup>37</sup> Recent LLMs also integrate new techniques to enhance reasoning: they can invoke external tools (e.g. search engines or calculators) during problem solving, maintain far longer contexts,<sup>38</sup> and even iteratively refine their own outputs through self-reflection or self-correction methods.<sup>39</sup>

### 3. “*Under the Influence of Constitutional Law*”

After setting the stage regarding the technological foundations, I now turn to the legal framework governing automated administration. In line with the overarching theme of this volume and, more specifically, the Young Scholars’ Workshop, I outline the constitutional and European law dimension of the digital transformation of administrative procedures before zooming in on the specific role the Austrian General Administrative Procedure Act may play when it comes to automating administrative decision-making.

The significance of constitutional law for administrative procedures and the corresponding statutes governing them directly results from the principle of legality in conjunction with the hierarchy of legal norms. With constitutional law being at the top of the metaphorical pyramid of legal norms, parliamentary statutes having to respect the constitution and the remaining law having to comply with parliamentary statutes,<sup>40</sup> constitutional law establishes by its very nature the framework within which administrative proceedings may take place – regardless of whether they are conducted by a human or an AI.

<sup>37</sup> Jason WEI and others, ‘Chain-of-Thought Prompting Elicits Reasoning in Large Language Models’, in: *arXiv*, 10 January 2023, <<http://arxiv.org/abs/2201.11903>>.

<sup>38</sup> See, for example, Anthropic’s Claude 2: ‘Claude 2’ <<https://www.anthropic.com/news/claude-2>>.

<sup>39</sup> Qibin WANG and others, ‘Learning to Refine: Self-Refinement of Parallel Reasoning in LLMs’, in: *arXiv*, 27 August 2025, <<http://arxiv.org/abs/2509.00084>>.

<sup>40</sup> Franz MERLI, ‘Principle of Legality and the Hierarchy of Norms’, in: SCHROEDER (ed.), *Strengthening the Rule of Law in Europe*, 2016, 43 ss.

In the case of the Austrian legal system, general administrative law, including its procedural dimension, is particularly tightly interwoven with constitutional law. The Austrian constitution (B-VG) contains numerous provisions on how administrative bodies may act,<sup>41</sup> as well as how the administration shall be organized.<sup>42</sup> For instance, the concept of the *Bescheid* (administrative act) is anchored in the constitution,<sup>43</sup> and principles like legality and proportionality permeate how administrative procedures are structured.<sup>44</sup> Therefore, for the most part, the core questions regarding the nature of administrative decisions, the degree of involvement and control of the people in charge and the implications for those affected by the outcome are not merely a matter of general administrative procedural law but rather also greatly determined by constitutional law.<sup>45</sup> Apart from the constitutional framework for the nature of administrative proceedings and the official acts constituting it, the constitutionally guaranteed rights of individuals restrain state actions overall and therefore have a guiding effect on how administrative procedures are conducted.<sup>46</sup>

In legal scholarship, the constitutional dimension of the digital transformation of administrative procedures is overwhelmingly present. Most papers refer at some point to a constitutional principle or a constitutionally guaranteed right which would be impacted by technological changes of the kind discussed here.<sup>47</sup> They do so regardless of their approach,

<sup>41</sup> Some of the most important constitutional provisions in this regard are Art 18, 20, 22 and 23 B-VG.

<sup>42</sup> Once again, one may point to Art 20 B-VG. Additionally, Art 69, 77, 101, 106 and 117 B-VG are examples of the Austrian Constitution determining the foundations of the organization of the administration.

<sup>43</sup> See, e.g., VfSlg 14.840/1997 and VfSlg 14.803/1997.

<sup>44</sup> The principle of legality as a core element of the principle of democracy and rule of law is laid down in Art 18 B-VG. The principle of proportionality emerges particularly from a variety of fundamental rights but is considered a general legal principle (*allgemeiner Rechtsgrundsatz*) overall guiding the actions of administrative bodies.

<sup>45</sup> This has already been illustrated at 1.3.: When the Austrian Constitutional Supreme Court as the competent authority in this matter determined the conditions under which an automated decision is attributable to the administration and thus legally valid as an official act, it did so with recourse to constitutional provisions. See, once more, VfSlg 8844/1980.

<sup>46</sup> This aspect became clear at 1.3., too, as the Austrian Administrative Supreme Court stressed in VwSlg 11.728/1985 that the same substantive and procedural requirements apply to automated decisions as to traditional (meaning: human-made) decisions which, of course, also includes fundamental rights.

<sup>47</sup> See, e.g., Mario MARTINI, 'Transformation der Verwaltung durch Digitalisierung'

perspective, and scope. The relevance and thereby the influence of the constitutional legal framework is not as such called into question with the rise of AI and its potential use in the course of administrative procedures as well as in the domain of legal application more generally.

Despite the constitutional dimension being overwhelmingly present in the literature, there have not been any actual amendments of the constitution in response to these technological developments.<sup>48</sup> Early initiatives to enact additional fundamental rights specifically designed to protect individuals against the dangers commonly associated with governmental use of AI have faded away for the most part.<sup>49</sup> Instead, a growing body of legal scholarship focuses on interpreting the constitutional framework in light of these new technological tools.<sup>50</sup> In the course of doing so, it has

(2017) 70 *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV) 443; EISENBERGER / MERLI (n 24); Franz MERLI, 'Eine Folgenabschätzung Für Algorithmen in Der Staatlichen Verwaltung. Der Gesetzgebungsvorschlag Des European Law Instituts', in: HOFFBERGER-PIPPAN / LADECK / IVANKOVICS (eds.), *Digitalisierung und Recht. Jahrbuch* 22, 2022; WISCHMEYER (n 31); Thomas WISCHMEYER, 'Regulierung Intelligenter Systeme' (2018) 143 *Archiv des öffentlichen Rechts* 1.

<sup>48</sup> As a matter of fact, addressing questions raised by the use of AI by state actors on the statutory level without amending written constitutions seems to be a general tendency in virtually all democracies based on the rule of law.

<sup>49</sup> Prominent in this regard is the initiative "Jeder Mensch" (Every Human Being) launched by Ferdinand von Schirach in 2021, which calls for the establishment of six 'new' fundamental rights at the EU level, including the "right to digital self-determination" (Art 2), the right that "burdensome algorithms are transparent, verifiable, and fair," and the right that "essential decisions" are made by humans (Art 3). See Ferdinand WEBER, 'Pfad zur europäischen Bürgerschaft? Überlegungen zum Projekt „Jeder Mensch“', [www.kas.de](https://www.kas.de), 4 June 2021, <<https://www.kas.de/de/analysen-und-argumente/detail/-/content/pfad-zur-europaeischen-buergerschaft-ueberlegungen-zum-projekt-jeder-mensch>>. However, considerations as to whether new fundamental rights are needed should only be made once it is clear to what extent the current legal framework is not already suitable for dealing with emerging issues surrounding advancing digitalization. Otherwise, there is a risk that premature regulatory measures will create an opaque mix of legal norms that ultimately does not result in more rights or legal protection, but rather in more legal uncertainty. For a recent example of exploring the limits of the current body of fundamental rights, also with regard to the implications of digitization for fundamental rights, see, e.g., Michael HOLOUBEK, *Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen*, Vienna 2022, in particular 72 ss, 108 ss.

<sup>50</sup> The legal scholarship on the question whether the current fundamental rights catalogue provides what has been termed "a right to a human decision" in itself is ample evidence of addressing the current challenges by adjusting the interpretation of established constitutional principles and constitutionally guaranteed rights. As I have more extensively argued somewhere else, it is, in fact, quite astonishing how having a human making a decision is widely understood as an inherent feature of fundamental procedural rights

become apparent that both the institutional framework and the fundamental rights already provide a robust protection on the constitutional legal level, particularly with regards to the individual potentially affected by a state actor using AI in the course of the decision-making process.

There is, in sum, no doubt that constitutional law has been influential with regard to the digital transformation of administrative procedures and will most likely continue to be in the future. Formally amending the constitutional framework to explicitly address the challenges of the use of AI by state officials is, however, not a precondition to ensure that constitutional law remains influential. The principle of legality and the idea of the hierarchy of legal norms entail that Austria's drive towards automated administrative decision-making must operate within the constitutional framework and uphold its constitutional principles, regardless. Fundamental rights act as both a shield for citizens against potential abuses of automated power and as a compass for legislators regulating new tools. When algorithms enter the scene, these constitutional backdrops do not fade away – they frame the terms on which technology can be used, clarified by means of revisiting and (re)interpreting old concepts in light of new technological developments.

#### 4. *The EU as the Main (Regulatory) Driving Force*

The impact of European law on the digital transformation of administrative procedures differs, for the most part, in degree and kind, from that of constitutional law. The EU has emerged as the preeminent regulatory authority in matters of technological governance. Its position as the primary engine of innovation in technology regulation predates the formal adoption of the Artificial Intelligence Act (AIA).

Two converging forces have propelled the EU into its leading regulatory role in the last decade. First, technological complexity has increased exponentially along multiple dimensions. Modern technologies present challenges not only in understanding their operational mechanisms but also in comprehending their developmental processes and supply chains. This multifaceted complexity strains the regulatory capacity

despite none of them explicitly stating it. See Elisabeth PAAR, *Künstliche Intelligenz in der Gerichtsbarkeit: eine verfassungsrechtliche Standortbestimmung*, Vienna 2024, 107 ss.

of individual member states acting unilaterally.<sup>51</sup> Second, the borderless nature of communications technology has rendered geographic sovereignty increasingly illusory in matters of technological deployment and dissemination. Digital systems propagate across jurisdictions with minimal friction, while their effects manifest regardless of physical location. Both EU institutions and individual member states recognized early that fragmented national approaches would result in regulatory irrelevance.<sup>52</sup> The logic within the EU has therefore been something along the lines of “coordinate swiftly or forfeit meaningful influence entirely.”<sup>53</sup>

The common regulatory voice that emerged reflects familiar strategic commitments: The EU has adopted a protective posture, constructing regulatory barriers designed to shield European territory and citizens from external technological forces. This defensive orientation manifests in various gatekeeping mechanisms that condition market access on compliance with European standards. Overall, the EU has embraced what might be termed “upstream regulation” – intervening at earlier stages in the technological lifecycle through requirements such as mandatory certification, conformity assessment, and pre-market approval. This approach contrasts sharply with reactive, *ex post* enforcement models and reflects a widely known European judgment that preventing harm requires regulating development and deployment, not merely punishing misuse.<sup>54</sup>

The EU’s regulatory efforts manifest themselves, for the most part, in enacting specific provisions explicitly addressing the use of AI or dig-

<sup>51</sup> On this dynamic and the tension between the standard-setting on the level of the EU on the one hand and the “diversity within the European Union and the consequent need for localized risk assessments that consider national contexts, languages, institutions, and culture”, see, e.g., Marta CANTERO GAMITO / Christopher T MARSDEN, ‘Artificial Intelligence Co-Regulation? The Role of Standards in the EU AI Act’ (2024) 32 *International Journal of Law and Information Technology* eaae011.

<sup>52</sup> Anu Bradford, e.g., argues that harmonization of the common market was one of the main factors behind the EU’s regulatory activity. See Anu BRADFORD, ‘Exporting Standards: The Externalization of the EU’s Regulatory Power via Markets’ (2015) 42 *International Review of Law and Economics* 158.

<sup>53</sup> Troels KRARUP / Maja HORST, ‘European Artificial Intelligence Policy as Digital Single Market Making’ (2023) 10 *Big Data & Society* 20539517231153811.

<sup>54</sup> On *ex ante* approaches, specifically in the context of regulating AI, see, e.g., Gianclaudio MALGIERI / Frank PASQUALE, ‘Licensing High-Risk Artificial Intelligence: Toward *Ex Ante* Justification for a Disruptive Technology’ (2024) 52 *Computer Law & Security Review* 105899.

ital tools in general and, specifically, in the context of fully automated decision-making, including administrative decisions. Though primarily a data privacy law, the GDPR contains arguably one of the most influential provisions: Its Art 22 para 1 grants individuals the right not to be subjected to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects or similarly significantly affects them. If a public authority in the EU wants to make a fully automated decision, it must fall within the narrow (and even more narrowly interpreted) exceptions of Art 22 para 2 GDPR.<sup>55</sup> The three narrow exceptions are: (a) when the decision is necessary for a contract with the data subject, (b) when authorized by a law (EU or Member State) that lays down appropriate safeguards, or (c) when based on the person's explicit consent.

The recent interpretation of Art 22 GDPR in *SCHUFA Holding* (2023) underscored its potency: the European Court of Justice (ECJ) held that a credit score generated by a credit agency, which heavily influenced a bank's loan denial, counted as an automated decision about the individual, thereby triggering Art 22 GDPR protections. The Court reasoned that because the bank "drew strongly on" the algorithmic score in deciding to refuse credit, the scoring process could not be separated from the decision itself.<sup>56</sup> This ruling implies that whenever an administrative authority relies heavily on an algorithmic recommendation or score to make a decision, it may well be deemed a "solely automated" decision in substance, thus requiring either an applicable legal authorization with safeguards or the insertion of a meaningful human check.

The second AI-specific regulatory effort of the EU is, of course, its AIA. With the AIA entering into force, the regulatory efforts of the EU are at their peak when it comes to impactfully addressing the use of AI tools. Given the ever-changing nature of AI and the complicated and partly vague character of the AIA, it is safe to assume that there will be an equal level of fierce debates surrounding this legislative act as there has been in the period leading up to it.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> For an overview, see, e.g., Gianclaudio MALGIERI, 'Automated Decision-Making and Data Protection in Europe', *Research Handbook on Privacy and Data Protection Law*, 2022.

<sup>56</sup> ECJ, judgment of 7 December 2023 – C-634/21, *SCHUFA Holding* (Scoring).

<sup>57</sup> For recent discussions on how the AIA may be implemented see, e.g., Martin EBERS, 'Truly Risk-Based Regulation of Artificial Intelligence How to Implement the EU's AI Act' (2025) 16 *European Journal of Risk Regulation* 684; Rachel GRIFFIN, 'Codes of

The AI Act takes a horizontal, risk-based approach: it classifies AI systems into categories (unacceptable risk, high-risk, limited risk, minimal risk) and imposes obligations accordingly.<sup>58</sup> Notably, it outright bans certain uses of AI deemed contrary to European values, including social scoring by public authorities and real-time remote biometric identification in public for law enforcement (with narrow exceptions). These bans reflect a normative stance: some algorithmic techniques are seen as so invasive or inimical to democratic freedoms that they have no place in European governance.<sup>59</sup> For high-risk AI systems – many of which would be used by public agencies in areas like law enforcement, migration control, welfare, education, and critical infrastructure – the Act mandates strict requirements. Providers of such AI must ensure accuracy, transparency, and human oversight, conduct risk assessments, and maintain documentation for auditing.

The AI Act can be seen as an attempt to actively shape digital administrative change rather than to just remove barriers. It aims to embed the EU's fundamental rights values like non-discrimination, privacy, and due process into the design of AI systems before they are deployed. Similarly to the GDPR and the Digital Service Act (DSA),<sup>60</sup> the AIA is expected to have a global influence, as companies around the world might adapt their software to meet EU requirements.<sup>61</sup>

Additionally to these specific regulatory efforts,<sup>62</sup> the digital trans-

Conduct in EU Digital Regulation and AI Policy: The Potential and Risks of Soft Law Tools', in: PRIFTI and others (eds), *Digital Governance: Confronting the Challenges Posed by Artificial Intelligence*, 2024.

<sup>58</sup> See, e.g., Jonas Schuett, 'Risk Management in the Artificial Intelligence Act' (2024) 15 *European Journal of Risk Regulation* 367.

<sup>59</sup> Catherine JASSERAND, 'The Future AI Act and Facial Recognition Technologies in Public Spaces: Nice to Have or Strictly Necessary?' (2023) 9 *European Data Protection Law Review* 430.

<sup>60</sup> See, e.g., René MAHIEU and others, 'Measuring the Brussels Effect Through Access Requests: Has the European General Data Protection Regulation Influenced the Data Protection Rights of Canadian Citizens?' (2021) 11 *Journal of Information Policy* 301; Charlotte SIEGMANN / Markus ANDERLJUNG, 'The Brussels Effect and Artificial Intelligence: How EU Regulation Will Impact the Global AI Market', in: *arXiv*, 23 August 2022, <<http://arxiv.org/abs/2208.12645>>; Anupam CHANDER, 'When the Digital Services Act Goes Global' (2023) 38 *Berkeley Technology Law Journal* 1067.

<sup>61</sup> This is the so-called the Brussels effect. See, e.g., Anu BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020; Anu BRADFORD, *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, Oxford, 2023.

<sup>62</sup> The regulatory efforts of the EU have been accompanied by a large number of

formation of administrative proceedings is further guided by the general rights and principles of EU law, mostly through (re)interpretation in light of the new challenges in a similar manner to the approach taken with regard to the constitutional framework.<sup>63</sup> The parallelism of their respective influence is amplified by the fact that these general principles of EU law demonstrate substantial overlap or even textual identity with constitutional provisions in member states. In the case of Austria, this is particularly apparent with regard to fundamental rights.

Nevertheless, there are two fundamental rights as laid down in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR) without a directly corresponding counterpart in the Austrian constitutional legal system which are significant in the context of digital administrative procedures. First, due to the lack of an explicit constitutional guarantee of human dignity within Austrian constitutional law, Art 1 CFR operates not merely as a supplementary protection but as the primary positive source for this foundational principle which is frequently invoked in the context of the use of AI in administrative decision-making.

Second, Art 41 CFR stands out by establishing a right to good administration which, at first glance, seems structurally different from how fundamental rights are conceptualized in Austrian constitutional law. In particular, it raises the question whether this right acquires an additional substantive dimension in the context of AI which goes beyond traditional procedural rights. Some scholars have, for example, argued that this provision ensures meaningful human contact or review on request within

soft-law documents. For example, the European Commission's High-Level Expert Group on AI published Ethics Guidelines for Trustworthy AI in 2019, outlining principles like transparency, accountability, human agency, and oversight. See 'Ethics Guidelines for Trustworthy AI | Shaping Europe's Digital Future' <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>>. A notable project of particular interest for the topic of this contribution is the European Law Institute's Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration, which provides a template for how public bodies should assess and document the implications of any algorithm they plan to use. See 'ELI Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration' <<https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-instruments/instruments/eli-model-rules-on-impact-assessment-of-algorithmic-decision-making-systems-used-by-public-administration/>>. One may expect them to continue playing a role even in times in which there are explicit hard law rules in place governing the use of AI.

<sup>63</sup> See above at 3.

administrative proceedings.<sup>64</sup> Given that the CFR directly binds only EU bodies and its reception by the Austrian legal system has been rather cautious following the infamous CFR-case of the Austrian Constitutional Supreme Court,<sup>65</sup> it is, however, unlikely to become a guiding principle when it comes to adapting administrative proceedings to the algorithmic context.

### 5. *Administrative Procedure and Digital Transformation – Regulation on the National Statutory Level?*

Having established the constitutional and the European legal frameworks that govern (and limit) automated administration as well as their approaches towards the digital transformation of administrative procedures, I now turn to the statutory level and zoom in on the specific role the Austrian General Administrative Procedure Act (AVG) may play when it comes to automating administrative decision-making.

When assessing the AVG, one quickly finds that it does not contain any general provision explicitly addressing the use of AI tools in the course of administrative decision-making. There are, however, some specific provisions on digital tools below the threshold of what is usually debated when it comes to automating administrative proceedings. § 51a AVG, for instance, states that – depending on the technical possibilities – a hearing may be conducted using technical equipment for the transmission of sound and images, unless personal appearance before the authority is more expedient in terms of procedural economy or is necessary for special reasons.<sup>66</sup> In addition, the general provisions of the AVG regarding the main features of an administrative decision are phrased in a rather open manner making them suitable to be applied to AI-generated

<sup>64</sup> Benjamin JAN, ‘The Role of the EU Right to Good Administration in Shaping Algorithmic Decision Systems’, in: VAN OIRSOUW and others (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2023: Constitutional Law in the Digital Era*, 2024.

<sup>65</sup> VfGH 14.03.2012, U466/11 ua. On this decision as well as the process of constitutionalisation of EU fundamental rights, more generally, see, e.g., Franz MERLI, ‘Die Konstitutionalisierung Der EU-Grundrechte. Das Österreichische Beispiel’, in: DONATH and others (eds.), *Der Schutz des Individuums durch das Recht*, 2023.

<sup>66</sup> On § 51a AVG, see, e.g., Peter BUSSJÄGER / Daniel WACHTER, ‘Möglichkeiten und Grenzen der audiovisuellen Einvernahme gemäß § 51a AVG und § 25 Abs 6b VwGVG’ (2020) 7 *Zeitschrift für Verwaltungsgerichtsbarkeit* 113.

administrative decisions. For example, when assessing the provisions on the principles for taking and assessing evidence such as § 45 (2) AVG (“the authority shall evaluate, in its free judgment, carefully taking into consideration the result of the investigation [...]”) and § 46 AVG (“Anything suitable for ascertaining the relevant facts [...] and feasible [...] can constitute evidence”), they do not rule out the use of technological tools instead of or alongside a human decision-maker. Similarly, the provision on the contents and form of administrative decisions, namely § 60 AVG (“The reasons given for the decision shall summarize the results of the investigation procedure, the arguments determining the evaluation of the evidence and the opinion on the legal issue in a clear and concise manner”) is phrased in a way that does not limit the reasons given for an administrative decision to human decision-makers. Rather, the focus lies solely on the decision and the reasons as such, not on the entity making the decision and providing reasons for it.

Turning now to the process of involving AI in administrative decision-making, it seems worth starting off by identifying the specific feature of administrative procedures which showcase why doing so may be particularly tempting: Within the tasks of the state, administrative law is an exceptionally diverse field, encompassing a broad range of areas of law.<sup>67</sup> This is further exacerbated by the increasing volume and complexity of the cases, requiring highly specialized experts to process them. The need for specialist experts does not only refer to specific legal expertise within a certain subfield of administrative law, but also extends to expertise beyond the legal domain.<sup>68</sup> The use of AI is oftentimes seen as the answer to combat the overload of cases. Additionally, given its – supposed – ability to acquire expertise in a variety of fields by being trained on large amounts of data from the field in question, AI could potentially support administrative decision-making by providing the specific expertise required.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Depending on one’s approach, this may either be perceived as the reason for or the direct result of how administrative law is defined in the first place within the Austrian legal system, that is by a negative definition: any state task that is neither an exercise of legislative or judicative power falls within the scope of administration. See, e.g., Arno KAHL, ‘Verwaltung Und Verwaltungsrecht’, in: EBERHARD and others (eds.), *100 Jahre Republik Österreich. Kontinuität – Brüche – Kompromisse*, Vienna 2021, 123.

<sup>68</sup> See, e.g., recently Jordan K LOFTHOUSE / Alexander SCHAEFFER, ‘Expert Knowledge and the Administrative State’ (2025) 202 *Public Choice* 433.

<sup>69</sup> For a recent overview on why and how AI may be used in the course of adminis-

Besides the perceived factual necessity of using AI to support administrative agencies to tackle an overload of tasks, both quantitatively and qualitatively, there is also a normative reason for prioritizing the introduction of AI to administrative proceedings over using them in court proceedings. The individual human actor, making a decision on behalf of the state, is as such conceptually less significant in the case of administrative proceedings than the judge is in court cases as the administrative agency as a whole serves as the relevant reference point for a decision, not the individual official, as it is the case with regard to the role of the judge in court proceedings.<sup>70</sup> This, in turn, is often considered an indicator for the legal requirements of administrative proceedings being less restrictive when it comes to incorporating non-human entities in the decision-making process than those of court proceedings.

Both reasoning approaches do not, however, answer whether one shall attempt to regulate the use of AI at the level of administrative procedural law and thereby through national statutory law. One of the main reasons pointed to in the literature in this regard is that procedural and organizational provisions are a type of “second-best-thing-solution”: If one does not wish to adapt specific substantive provisions or cannot do so, turning to procedural and organizational provisions is a popular way to make broader adaptations or set new principles.<sup>71</sup>

When it comes to the Austrian General Administrative Procedure Act specifically, one may, at first glance, find it to be a particularly suitable link between the constitutional principles and (even more) specific administrative procedural regulations.<sup>72</sup> Against the backdrop of the existing constitutional framework,<sup>73</sup> it seems, however, rather difficult to actually change central elements of the AVG beyond adding specif-

trative procedures, see, e.g., Ulrik BU ROEHL / Morten Balle HANSEN, ‘Automated, Administrative Decision-Making and Good Governance: Synergies, Trade-Offs, and Limits’ (2024) 84 *Public Administration Review* 1184.

<sup>70</sup> There is no fixed allocation of responsibilities for each official acting on behalf of an administrative agency. Rather, the only relevant aspect in this regard is whether the deciding agency as a whole is competent or not do so. In contrast, the constitution sets forth the principle of a fixed allocation of responsibilities with regard to judicial decision-making. See Art 87 para 3 B-VG.

<sup>71</sup> EISENBERGER / MERLI (n 24) 31.

<sup>72</sup> The latter are usually part of sector-specific substantive administrative law such as the Austrian industrial code (Gewerbeordnung).

<sup>73</sup> See above at 3.

ic minor provisions enabling the use of certain AI tools or technologies without simultaneously interfering with the constitutional principles and foundations of administrative proceedings, making each of these questions a constitutional matter, as well. Additionally, impactful regulatory steps on the level of the AVG may be further restricted by the European consensus, most importantly, of course, by the AI Act but also by other initiatives, soft law tools and policy proposals indirectly restricting how national law approaches the use of AI in the public sector as a whole.<sup>74</sup>

Overall, adapting administrative proceedings in order to enable the use of AI tools in a broad manner seems to be a rather rocky road ahead. Merely adapting the AVG will not do the trick. If we do, in fact, wish to achieve a digital transformation of administrative procedures as a whole or even in significant parts, we must rethink core structural principles and methodological consensus which are not only part of Austrian constitutional law but rather also features of virtually any current constitutional framework in democracies based on the rule of law.

## 6. *Some Hopes, Some Puzzles and Some Fundamental Objections*

Against this backdrop, the question of the aim of using AI in administrative proceedings becomes particularly pressing. What is it that we are hoping for? What is the reasoning behind the push to adapt the general principles of administrative procedures and potentially even our constitution to incorporate this new technology? Could AI, in fact, live up to these expectations? Or could it backfire? Of course, it is not feasible to present every argument for or against the use of AI in administrative procedures within this contribution. Instead, I am attempting to, first, identify different categories of reasoning approaches in favor of automating administrative decision-making and, second, to showcase with regard to each of these approaches why they are deficient.

### 6.1. *No such Thing as a Free Lunch*

When in search of a common base line of all reasoning approaches, one may point to the general agreement that involving AI in any human

<sup>74</sup> See above at 4.

decision-making process comes at a price. Regardless of whether scholars focus on AI replacing the human decision-maker or assisting them, it is rarely the case that the involvement of AI is considered to be fully positive without any reservations, any risks or drawbacks. Quite the opposite is the case: Scholars have been pointing out various potentially negative implications of using AI, particularly with regard to the use of AI in state decision-making, flagging risks such as opaque decisions, a lack of accountability, a violation of core constitutional principles such as juridical independence and concerns of unfair and discriminatory treatment of those subject to the decisions.<sup>75</sup> Alongside scholars flagging AI-related hazards, the world witnessed quite a few incidents of “using AI in state decision-making gone wrong” which seemingly confirmed many of these concerns; in fact, so much so that these AI use cases have, in turn, been serving as notorious examples to showcase just how risky it is to use AI in the course of e.g. law enforcement. COMPAS is potentially the most famous among them.<sup>76</sup>

Limiting the involvement of AI to a “merely” assisting tool in support of the human who is still in charge of making the decision is particularly often framed to be “as good as it gets”:<sup>77</sup> Quite a few scholars claim that while involving AI in decision-making goes hand in hand with potential risks and downsides, using (at least: some types of) AI tools while humans remain in the loop, does overall more good than bad. All things considered, AI supporting human decision-makers is therefore considered to be an improvement when compared with the status quo,

<sup>75</sup> More on these risks, see, e.g., BURRELL (n 30) 3; Jay THORNTON, ‘Cost, Accuracy, and Subjective Fairness in Legal Information Technology: A Response to Technological Due Process Critics’ (2016) 91 *NYU Law Review* 1821; Katherine FREEMAN, ‘Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in *State v. Loomis*’ (2016) 18 *North Carolina Journal of Law & Technology* 75.

<sup>76</sup> See, e.g. Christoph ENGEL / Lorenz LINHARDT / Marcel SCHUBERT, ‘Code Is Law: How COMPAS Affects the Way the Judiciary Handles the Risk of Recidivism’ (2024) *Artificial Intelligence and Law* <<https://doi.org/10.1007/s10506-024-09389-8>> accessed 1 February 2025.

<sup>77</sup> Rebecca CROOTOF / Margot KAMINSKI / W PRICE, ‘Humans in the Loop’ (2023) 76 *Vanderbilt Law Review* 429, 437, are referring in this regard to “the MABA-MABA trap,” with MABA-MABA being short for what “Men Are Better At” and what “Machines Are Better At,” and the temptation of assuming that “adding a human to a machine system will result in the best of both worlds.” On MABA-MABA, see also Meg JONES, ‘The Ironies of Automation Law: Tying Policy Knots with Fair Automation Practices Principles’ (2015) 18 *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 77, 104–106.

i.e., sticking with human decision-makers without any AI involvement in their decision-making process, on the one hand, or fully delegating decision-making to AI, on the other hand.<sup>78</sup>

Some scholars, in fact, seem to consider AI involvement in human decision-making as mainly positive, so long as humans are the ones making the final decision.<sup>79</sup> In support of this position, scholars are pointing to weaknesses humans notoriously display. First and foremost, humans are susceptible to a variety of cognitive biases as well as personal prejudices. Humans are also known to be inconsistent in their decision-making.<sup>80</sup> Against this backdrop, AI is often considered to be a tool which could potentially help to “de-bias” human decision-makers,<sup>81</sup> and increase their consistency.

At first glance, approaching the question of AI-assistance in the course of decision-making based on the “Do Benefits Outweigh Drawbacks?”-criterion appears intuitive. However, upon closer examination, this framing raises fundamental problems that cast doubt on its plausibility.

A core flaw of this “Do Benefits Outweigh Drawbacks?”-approach is that it downplays the fact that humans and AI are operating on the basis of gravely different inner logics, which in turn directly impacts how to determine the quality of output as well as how they each achieved it.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> Frank PASQUALE, *New Laws of Robotics*, 2020, 13, argues that Intelligence Augmentation in which AI is used not to replace but to augment human capacities, “results in better service and outcomes than either artificial or human intelligence working alone”. See also Eugene VOLOKH, ‘Chief Justice Robots’ (2019) 68 *Duke LJ* 1135, 1175: “My tentative sense is that these problems, while potentially quite substantial, should not categorically foreclose the possibility of AI judging—especially if AI judges provide great countervailing benefits (in making the justice system much faster, less expensive, and less prone to human biases).”

<sup>79</sup> Cíara ROCHA and João CARVALHO, for instance, write with regard to AI in judicial decision-making: “AI has great potential to support judicial activities resulting in more access to justice, transparency and accountability, reduction of costs, and decreased judicial lawsuit duration.” See Cíara ROCHA / João CARVALHO, ‘Artificial Intelligence in the Judiciary: Uses and Threats’ (2022) *CEUR Workshop Proceedings* 1, 1.

<sup>80</sup> See, e.g., Ozkan EREN / Naci MOCAN, ‘Emotional Judges and Unlucky Juveniles’ (2018) 10 *American Economic Journal: Applied Economics* 171, 173.

<sup>81</sup> Dovil BARYS / Roeë SAREL, ‘Algorithms in the Court: Does It Matter Which Part of the Judicial Decision-Making Is Automated?’ (2024) 32 *Artificial Intelligence and Law* 117, 119; Daniel L CHEN, ‘Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law’ (2019) 27 *Artificial Intelligence and Law* 15.

<sup>82</sup> Harry SURDEN, ‘Artificial Intelligence and Law: An Overview’ (2019) 35 *Georgia*

With AI's mode of operation being fundamentally different from that of humans, it seems rather questionable from the outset to what extent one may speak of "better or worse" or "more or less."

This fundamentally different mode of operation of humans and AI manifests itself in numerous ways. For the use of AI in the course of administrative (or for that matter: any legal) decision-making, the differences in handling natural language are at the center. The law is, as is well known, expressed in natural language, with natural language being the medium, as it is always the case when used by humans. AI is also capable of processing natural language. In the case of generative AI, such systems can even independently generate natural language. However, unlike humans, AI does not use natural language as merely the medium for expressing meaning or communicating information and content. Rather, for AI, natural language represents the end goal.

This distinction is a direct result of how AI processes natural language: Even in the case of LLMs, their processing is a purely statistical analysis based solely on historical data and patterns recognized therein.<sup>83</sup> AI thus does not have an understanding of the subject matter expressed through natural language and, consequently, lacks language comprehension in the human sense.<sup>84</sup> With the rise of ChatGPT, Noam Chomsky, Ian Roberts, and Jeffrey Watumull have poignantly emphasized this aspect by stressing that any equating of AI-based and human language processing is based on a "fundamentally flawed conception of language and knowledge."<sup>85</sup> Though one might get a different impression given

*State University Law Review* 1305, 1308: "The reality is that today's AI systems are decidedly not intelligent thinking machines in any meaningful sense."

<sup>83</sup> Even the technological advances which led to the so-called "reasoning models" (see above at 2.) do not change the fact that the way these LLMs "think" – even when in "extended thinking" mode – are fundamentally a different type of intelligence, as they still lack the human elements of consciousness, emotions, and embodied experience. They merely show their working which enables the user to read how the model got to the answer it provided ("Chain-of-Thought"), and even this aspect is not fully reliable. See, most recently, e.g., Reasoning models don't always say what they think, <https://www.anthropic.com/research/reasoning-models-dont-say-think>, including a link to their in-depth scholarly paper on this question.

<sup>84</sup> See, e.g., CROTOFF / KAMINSKI / PRICE (n 76) 465: "Algorithms don't 'think' like humans do (in fact, they don't 'think' at all)."

<sup>85</sup> Noam CHOMSKY / Ian ROBERTS / Jeffrey WATUMULL, 'Opinion | Noam Chomsky: The False Promise of ChatGPT' *The New York Times* (8 March 2023) <<https://www.nytimes.com/2023/03/08/opinion/noam-chomsky-chatgpt-ai.html>>.

their human-like output, AI-based systems are incapable of distinguishing “the possible from the impossible” as they are detached from the real physical world. They cannot, by nature, develop an understanding of the “physical and social situations” expressed through natural language.<sup>86</sup>

This lack of genuine language comprehension is already problematic when using natural language in everyday conversational settings. In the context of law and its application, the negative implications of AI’s deficient language comprehension are particularly severe. The process of legal application – be it by judges or administrative bodies – is notably not (merely) language processing.<sup>87</sup> Rather, they follow a specific methodology that has evolved within a legal community and is passed on to the next generation through legal education.<sup>88</sup> Moreover, the law and its application are inherently dynamic. Structurally, the process of legal application – at least in the case of legal systems which follow the civil law tradition – exhibits a top-down approach: The official applying the law derives from a general norm how the specific case should be decided. In contrast, AI systems – at least in the case of ML-applications such as LLMs – do not, by their operational nature, start out with a general rule but rather with numerous individual cases. Consequently, AI would require the capability of deriving the general rule bottom-up from all these individual cases. However, this in itself currently presents a nearly insurmountable challenge to AI.<sup>89</sup> To replicate the process of legal application, AI would furthermore need to evaluate the specific case at hand based on this general rule derived. As of now, AI fails to do so, as well. Instead, AI evaluates the case at hand simply based on patterns it has derived from numerous individual cases and transferred to the specific case – without following legal methodology.<sup>90</sup> While the output generated by AI may be

<sup>86</sup> Ibid; Melanie MITCHELL / David C. KRAKAUER, ‘The Debate Over Understanding in AI’s Large Language Models’ (2023) 120 *Proceedings of the National Academy of Sciences* e2215907120.

<sup>87</sup> Mireille HILDEBRANDT, ‘Data-Driven Prediction of Judgment. Law’s New Mode of Existence?’ (2019) 13 ss., <<https://papers.ssrn.com/abstract=3548504>>.

<sup>88</sup> It is therefore a socialization process within an interpretation community. See Stanley FISH, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary & Legal Studies*, 1989, 133.

<sup>89</sup> Cor STEGING / Silja RENOON / Bart VERHEIJ, ‘Rationale Discovery and Explainable AI’ in. SCHWEIGHOFER (ed.), *Legal Knowledge and Information Systems*, 2021, 229 ss.

<sup>90</sup> Due to this different mode of operation, ML is also referred to as “case-based reasoning”, while GOFAI is a case of “rule-based reasoning”. See, e.g., Katie ATKINSON /

identical to that of the person applying the law and subsequently making the decision, the path to this output could hardly be more different.

Given that these limitations of AI are a result of fundamental differences in cognitive architecture between human and machine intelligence, they are not merely quantitative – that is, a matter of processing power or data volume – but qualitative.<sup>91</sup> The fact that AI is “thinking” in ways that are fundamentally alien to human reasoning leads to what we might term insurmountable structural incompatibilities with the process of legal assessment and consequently of administrative decision-making.<sup>92</sup>

To conclude, the process of legal decision-making is inextricably linked to law as a human construct, expressed through natural language and interpreted through culturally-informed hermeneutics. AI can, at best, imitate aspects of this process but falls short of replicating this level of contextual understanding and reflective, context-sensitive, adaptive reasoning. Even in cases where AI systems demonstrate high accuracy rates in predicting outcomes of legal decision-making – as seen in some assessments of “predictive justice” tools – this superficial success belies a deeper failure to grasp the underlying legal norms and methodological requirements that guide legal assessment. The inability of AI to comprehend these elements, even at a rudimentary level, underscores the qualitative gap between statistical correlation and true legal reasoning.<sup>93</sup>

Trevor BENCH-CAPON / Danushka BOLLEGALA, ‘Explanation in Ai and Law: Past, Present and Future’ (2020) 289 *Artificial Intelligence* 1, 3.

<sup>91</sup> Brent MITTELSTADT / Sandra WACHTER / Chris RUSSELL, ‘To Protect Science, We Must Use LLMs as Zero-Shot Translators’ (2023) 7 *Nature Human Behaviour* 1830, 1831: “The concept of ‘truth’ has been highly simplified in LLM development and equated with accuracy measured against the ‘ground truth’ of the training data.”

<sup>92</sup> Robert POST, ‘The Internet, Democracy and Misinformation’ in KROTOSZYNSKI / KOLTAY / GARDEN (eds.), *Disinformation, Misinformation and Democracy*, Cambridge, 2024, 10 <<https://papers.ssrn.com/abstract=4545891>>: “AI cannot be a member of any human community. It cannot participate in, and hence construct a dialectical relationship with, any human community. AI therefore cannot pronounce law. At most AI can report factual determinations about the way that actual humans regard law.”

<sup>93</sup> See, e.g., The European Commission for the Efficiency of Justice, ‘*European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence (AI) in Judicial Systems and Their Environment*’ (2018) <<https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>>, 29: “In most occasions, the objective of these systems is not to reproduce legal reasoning but to identify the correlations between the different parameters of a decision and through the use of machine learning, to infer one or more models. Such models would be used to ‘predict’ or ‘foresee’ a future judicial decision.”

## 6.2. Who Cares About What is Happening on the Inside?

Some scholars are, however, not convinced that the fundamentally different functioning of AI and humans as such is reason enough to reject the “Do Benefits Outweigh Drawbacks?”-criterion when approaching the question of using AI in the course of legal decision-making, including administrative proceedings. After all, human decision-makers are “black boxes”, too. What happens inside their minds, how they actually make decisions and for which reasons they do so is not accessible to anyone but themselves. Therefore, so the argument goes, the output is the only relevant criterion for evaluating whether AI shall take over the task in question; the path of getting there shall, in contrast, be completely disregarded.<sup>94</sup>

By solely focusing on the output and evaluating it from an external perspective, this approach reduces legal reasoning to a simple performative test: What occurs within the decision-making system is irrelevant. Only the final product matters – a position that directly mirrors the conceptual framework of the Turing Test. In the legal context, this approach would pose a singular evaluative question to determine whether an AI tool meets the threshold set by a human decision-maker: Can the AI-generated output, more specifically: AI-generated legal reasoning, be distinguished from a human-authored text?

This approach, however, fundamentally misapprehends the nature of legal reasoning as it occurs, e.g., in the course of administrative procedures. The justification of legal decisions is not merely an exercise in generating text that superficially resembles legal reasoning. It is a dynamic process inherently linked to the decisional moment itself. A legal explanation is not a post-hoc narrative imposed upon an arbitrary decision, but a critical component of the administrative process that reveals the internal logic of the decision.<sup>95</sup>

Even from a legal realist perspective which acknowledges that le-

<sup>94</sup> VOLOKH (n 77).

<sup>95</sup> This perspective draws upon critical insights from legal philosophy that emphasize the intrinsic connection between decision-making and justification. As scholars like Neumann have persuasively argued, judicial reasoning is not a cosmetic exercise but a substantive articulation of legal judgment. The process matters as much as, maybe even more than, the product. See, e.g., Ulfrid NEUMANN, ‘Juristische Argumentationstheorie’, in: HILGENDORF / JOERDEN (eds), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2017, 234.

gal reasoning as performed by judges or administrative bodies may not perfectly align with the idealized narrative of purely rational decision-making,<sup>96</sup> the justification process remains constitutive of the legal decision-making, even if it is only through ex post rationalization by the human decision-maker. The requirement of reasoned explanation fundamentally constrains the entity conducting the legal analysis. A legal outcome that cannot be articulated through legally requisite forms of reasoning cannot be legitimately rendered.<sup>97</sup>

The Turing Test, originally conceived as an “imitation game,” captures only the external perspective of reasoning. Legal explanation, by contrast, demands an internal perspective that current AI systems categorically fail to reproduce. The machine can mimic, but it cannot truly reason.

### 6.3. *The Infamous Human in the Loop-Narrative*

However, the mere fact that AI has a fundamentally different way of approaching legal reasoning from humans and that this internal perspective is inherently linked to our current understanding of legal decision-making does not, as such, explain why having AI support human decision-makers can be particularly harmful, even when compared to fully delegating administrative decision-making to AI. In fact, quite the opposite seems intuitive, particularly when contrasted with delegating administrative decisions fully to AI: Against the backdrop of AI-tools operating under a whole subset of rules different from those of human decision-makers, having a human in the loop, making sure that the outcome provided by an AI-system matches what has been intended by the rules of administrative decision-making appears a promising approach. Why is it, then, that having a human in the loop seems to not have the desired effect of a monitoring mechanism but rather leads to an even more opaque, harmful outcome?<sup>98</sup>

<sup>96</sup> John Hart ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980, 44: Legal realism “‘discovered’ that judges were human and therefore were likely in a variety of legal contexts consciously or unconsciously to slip their personal values into their legal reasoning.”

<sup>97</sup> CROTOF / KAMINSKI / PRICE (n 76) 467: “Whatever one’s thoughts about the opacity of the human mind, society has developed ways of querying decisionmakers and identifying reasoning errors.”

<sup>98</sup> I assess this question in depth in a separate article, namely Elisabeth PAAR, ‘Artificial Intelligence in Court Proceedings: Judge’s Little Helper or the Beginning of AI’s

The root of the evil lies in the assumption “that human-machine systems represent the best of both worlds and don’t introduce new issues of their own”. Though intuitive, it has proven time and again to be empirically inaccurate and can become dangerous whenever adopted as the premise for a human in the loop-construct.<sup>99</sup> Even if, based on the MABA-MABA-approach, one correctly identifies weaknesses of an AI system and corresponding strengths of a human, it does not necessarily follow that they will even each other out when combined. Instead, it becomes even more likely for the enterprise as a whole to fail – with the only dubious difference of having the human in the loop as a scapegoat.<sup>100</sup>

The first facet of the explanation of why a hybrid system may rather foster the worst of both worlds instead of combining the best of both worlds concerns how humans perceive AI-tools and how they assess their output. Empirical studies show that humans are prone to project their way of seeing the world onto AI. This, in turn, makes it hard for humans to detect mistakes made by an AI system.<sup>101</sup> It becomes particularly difficult for humans to identify mistakes of AI tools when AI takes over an aspect of a task humans are not good at performing themselves.<sup>102</sup> Ironically, these types of tasks are, however, precisely the ones often deemed most suitable for having an AI system support the – not so competent – human.<sup>103</sup> The human placed in the loop consequently turns into a

Hostile Takeover?’ *German Law Journal* (forthcoming). The arguments in this section are based on this article.

<sup>99</sup> Ibid 438.

<sup>100</sup> Andrea ROTH, ‘Trial by Machine’ (2016) 104 *Georgetown Law Journal* 1245, 1396–1297.

<sup>101</sup> For an example showcasing this impact, specifically in the context of using LLMs in the course of judicial decision-making, see, e.g., John ZHUANG LIU / Xueyao LI, ‘How Do Judges Use Large Language Models? Evidence from Shenzhen’ (2025) 16 *Journal of Legal Analysis* 235, 252: “However, it is worth noting that these subtle hallucinations can easily manifest in judgments through judge–AI interactions. As AI-generated arguments always support judges’ initial decisions, the judges that reviewed AI-generated reasoning can easily overlook errors that align with their decisions. In other words, the hallucination problem can easily seep into judges’ decisions through the workflow, even when judges are accountable for reviewing and scrutinizing the reasons generated by AI. This clearly poses a significant risk to judicial decision-making.”

<sup>102</sup> Jeff CLARK, ‘The Fallacy of the “Human-in-the-Loop” as a Safety Net for Generative-AI Applications in Healthcare’, *Medium*, 25 June 2024, 14 <[https://medium.com/@jeffclark\\_61103/the-fallacy-of-the-human-in-the-loop-as-a-safety-net-for-generative-ai-applications-in-healthcare-b425be453649](https://medium.com/@jeffclark_61103/the-fallacy-of-the-human-in-the-loop-as-a-safety-net-for-generative-ai-applications-in-healthcare-b425be453649)>.

<sup>103</sup> Ibid: “Research shows that, in certain scenarios, the outcome from a “human-

“rubber-stamper” who does not oversee the decisions made by the AI system.<sup>104</sup>

The second negative consequence of having humans monitor AI-generated results concerns the ability of humans to be sensitive to unpredictable events and to detect them whenever they may occur over a period of time.<sup>105</sup> This ability is called “vigilance”.<sup>106</sup> Empirical evidence suggests that this ability to detect unpredictable events has the tendency to degrade over time particularly due to automation complacency. As *Clark* put it: “The more powerful and capable an automation system appears, the greater the vigilance decrement per unit time”. Interestingly enough, “[t]his vigilance decrement effect of automation is most pronounced in environments where automation support is present for only a sub-set of tasks, that is, the subject must also perform other manual tasks in addition to ‘backing up’ or monitoring the automation.”<sup>107</sup> The reason is that “subjects developed selective ignorance of conflicting information, a bias towards trusting the automation system even in instances where other conflicting data was clearly visible, a ‘looking-but-not-seeing’ phenomenon.”<sup>108</sup>

This degradation in the sphere of the human being placed in the loop to monitor AI performing a task is not only observed with regard to the general ability to detect unpredictable events. Rather, the specific skill or skillset of humans is affected in a similar manner; a rather obvious result considering that any human in the loop-scenario is characterized by the

in-the-loop” scenario can be worse than if the task was done entirely by the human, that is, with no automation support. They are equally bad at detecting when an automated system they are monitoring has made a mistake. Human performance in these scenarios ranges from an 80% detection rate in ideal circumstances, to as low as 20% in other scenarios.”

<sup>104</sup> Michael VEALE / Lilian EDWARDS, ‘Clarity, Surprises, and Further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on Automated Decision-Making and Profiling’ (2018) 34 *Computer Law & Security Review* 398, 400.

<sup>105</sup> Sidney DEKKER / David D WOODS, ‘MABA-MABA or Abracadabra? Progress on Human-Automation Co-Ordination’ (2002) 4 *Cognition, Technology & Work*.

<sup>106</sup> Roman V YAMPOLSKIY, ‘Strategic Patience: Long-Horizon AI Dominance and the Erosion of Human Vigilance’ <[https://www.researchgate.net/profile/Roman-Yampolskiy/publication/387344810\\_Strategic\\_Patience\\_Long-Horizon\\_AI\\_Dominance\\_and\\_the\\_Erosion\\_of\\_Human\\_Vigilance/links/6769eadd894c55208523589a/Strategic-Patience-Long-Horizon-AI-Dominance-and-the-Erosion-of-Human-Vigilance.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Roman-Yampolskiy/publication/387344810_Strategic_Patience_Long-Horizon_AI_Dominance_and_the_Erosion_of_Human_Vigilance/links/6769eadd894c55208523589a/Strategic-Patience-Long-Horizon-AI-Dominance-and-the-Erosion-of-Human-Vigilance.pdf)>.

<sup>107</sup> CLARK (no 101).

<sup>108</sup> *Ibid.*

human no longer using their skills to complete the task in question but merely to observe an AI attempting to do so instead.<sup>109</sup> Empirical studies, once more, seem to confirm this consequence. While these studies mostly focus on “practical skills” like the ones required to fly a plane, drive a car or diagnose a patient, there is no reason to assume that the skillset necessary to conduct administrative procedures would not be equally affected when the officials previously making the decisions are reduced to monitoring AI doing so.

Therefore, the result of using such supposedly merely supporting AI tools in the course of administrative procedures is a gradual replacement of human decision-makers, under the guise of its human oversight. The human official may be perceived as the one making the decision. But: “Humans tend to become reliant on automated decision-making systems. They trust statistical data and begin to give up on their own independent judgment, and become blind to systems errors.”<sup>110</sup> This overreliance on technology turns human in the loop-scenarios to de facto delegating the decision to AI. Any negative consequences of delegating the decision-making process as a whole to an AI system which were meant to be avoided by keeping the human judge in the loop therefore equally manifest.

To make matters worse, there is, as elaborated above, plenty of reason to assume that such de facto delegations to AI are prone to cause even more harm than conscious delegations to AI with a corresponding legal basis. Keeping a human in the loop is oftentimes motivated by the need to create some sense of safety for those affected by the use of AI. In addition, the safety mechanisms for the AI tool are likely to be less rigid in the first scenario as the human oversight is a construct created precisely to compensate for any shortcomings or unpredictable behaviors displayed by the AI tool. Since human oversight, however, does not actually live up to any of these expectations, the sense of security derived is not merely false but opens the floodgate to using AI tools which would never pass as safe, accurate or trustworthy enough to delegate decisions to.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> In scholarship, this automation-associated deterioration of human abilities is called “skill fade”. See, e.g., JONES (n 76) 112. See also CROOTOF / KAMINSKI / PRICE (n 76) 469.

<sup>110</sup> ROCHA / CARVALHO (n 78) 5.

<sup>111</sup> DEKKER / WOODS (n 104) 241: “[A]utomation does not replace a human weakness. It creates new human strengths and weaknesses—often in unanticipated ways.”

## 7. *The Reactive and Adaptive Nature of Law*

It is becoming increasingly clear that AI has an immense transformative force, also with regard to administrative procedures. Interestingly enough, though, the better the technologies get, the bigger the challenges of using them in the course of administrative procedures – or, for that matter, more generally: in the legal domain – are getting and the more is at stake. There is an increasing gap between what these systems seem like they are doing and what is actually happening inside them when completing tasks. At the same time, we are not getting any closer to overcoming all the challenges which have been articulated as objections to the use of AI in legal decision-making, including administrative proceedings, for many decades.<sup>112</sup> Why is that the case? As this contribution has aimed to carve out, it is the result of core structural incompatibilities of even the most advanced technologies with the “old principles“ governing administrative procedures which seemingly have, for the most part, remained the same since the early attempts of digitally transforming them.

One possible way of responding to these findings is to establish a new legal framework, both at the statutory and at the constitutional level and with particular regards to the European dimension of addressing this topic normatively. Before doing so, though, it is essential to take into account the empirical evidence, particularly with regard to having AI support human actors, for a sound basis as well as a proper understanding of the actual impact of AI involvement on human decision-makers. How does human performance present itself with and without AI involvement? What are the implications of using specific systems over others? How do they manifest in each setting and in the context of concrete tasks? If these empirical assessments are not conducted or not considered sufficiently when making (legal) design decisions, there is an immediate risk of opting for a human-in-the-loop-construct merely because it intuitively feels better and safer without paying attention to the various drawbacks and hazards looming in the back. Additionally, we need to ensure that the specifics of law and its application in the course of administrative proceedings are properly taken into account and displayed by AI tools in at least a functionally similar manner to humans. Particularly this last aspect, however, has proven virtually impossible so far despite AI being

<sup>112</sup> See above at 1.

able to seemingly process and generate natural language which sounds like legal reasoning.<sup>113</sup>

This brings us to the final point and simultaneously the answer to the question raised at the beginning, namely why even the most insightful, comprehensive legal contributions on this topic are seemingly reaching a deadlock, when attempting to spell out the additional capabilities of technologies like AI required in order to fulfill the standards set by the law for administrative procedures: Maybe the reason why we do not succeed at properly translating the process of legal reasoning in general and its manifestation in administrative proceedings specifically into what AI tools can do despite them getting more and more technologically sophisticated, lies in the fact that their two logics simply are too different to ever fully find a common ground. Trying to bend how AI functions to get as close to legal reasoning as possible seems equally unpromising as bending the law to how AI functions seems dangerous. We may succeed in creating the illusion of having the best of both worlds when, in reality, we are actively breaking one with the other. This cannot be the way forward. Instead, it is time to take a step back, acknowledge the structural incompatibilities between law and AI, and then – as a society – decide whether we would like to stick with our legal system and its underlying principles or build a new way of governing human behavior based on the logic of AI instead.

<sup>113</sup> See above at 6., in particular 6.2.



# SELBSTSTAND DES VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHTS – ZUGLEICH EIN PLÄDOYER FÜR EINE VERWALTUNGSVERFAHRENTHEORIE

*Mathias Honer / Tobias Rudloff\**

Das einhundertjährige Bestehen des österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetzes, das als Vorbild für zahlreiche europäische Gesetzgebungen diente, bietet Anlass, über die eigenständige Funktion des Verwaltungsverfahrenrechts und seiner wissenschaftlichen Untersuchung, kurz: über den Selbststand des Verwaltungsverfahrenrechts, nachzudenken.

Dass das Verwaltungsverfahren und sein Recht eine teilweise unterschätzte Bedeutung besitzen<sup>1</sup>, wurde bereits an anderer Stelle geäußert.<sup>2</sup> Dieser Beitrag wirbt weitergehend dafür, diesem Umstand rechtswissenschaftlich stärker Rechnung zu tragen und das Verwaltungsverfahren und sein Recht intensiver rechtswissenschaftlich zu reflektieren.<sup>3</sup> Damit

\* Dr. Mathias HONER ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder); Tobias RUDLOFF ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Bucerius Law School Hamburg.

<sup>1</sup> Als Gründe hierfür wurden beispielsweise das am materiellen Recht orientierte individualrechtszentrierte Rechtsschutzmodell, ein gerichtszentriertes Gewaltenteilungsmodell und das parlamentarische Legitimationsmodell diagnostiziert, so Christian QUABECK, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, 35 ff., 42 ff., 48 ff.

<sup>2</sup> So wurde der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht mit einem gleichnamigen Behandlungsgegenstand bei der Deutschen Staatsrechtslehrertagung bedacht, siehe dazu Elke GURLIT und Michael FEHLING, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 70 (2011), 227–277 und 278–337; weitere Referate, die das Verwaltungsverfahren in den Mittelpunkt rücken, finden sich bei: Rainer WAHL und Jost PIETZCKER, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 41 (1983), 151–192, 193–231; Eckhard PACHE und Thomas GROSS, *Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 66 (2007), 106–151, 152–180; Ulrich STELKENS und Veith MEHDE, *Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 71 (2012), 369–417, 418–455. Ferner hat die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens die systemtheoretisch inspirierte Steuerungsdebatte betont, siehe hierzu insbesondere Wolfgang HOFFMANN-RIEM / Eberhard SCHMIDT-ASSMANN (Hg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2003.

<sup>3</sup> Insoweit lässt sich an das umfassendere Anliegen bei Christoph MÖLLERS, Materi-

plädiert die hier eingenommene Perspektive für einen „procedural turn“ im Verwaltungsrecht, der durch eine juristische Verwaltungsverfahrenstheorie eingelöst werden kann. Eine Verwaltungsverfahrenstheorie mit einem hinreichenden Anwendungsbereich setzt indes voraus, dass das Verwaltungsverfahren sowie das Verwaltungsverfahrensrecht eine eigenständige Relevanz für eine Verwaltungsentscheidung besitzen und nicht vollständig von der Logik des Institutionsrechts zum einen und des materiellen Sachrechts zum anderen determiniert werden, das Verwaltungsverfahren und das Verwaltungsverfahrensrecht also einen Selbststand gegenüber anderen Faktoren des Verwaltungsrechts genießen. Aus diesem Grund soll in einem ersten Schritt zunächst der Selbststand des (Verwaltungs-)Verfahrens (1.) aufgezeigt werden, bevor in einem zweiten Schritt der Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts (2.) erörtert wird. Anschließend werden der Bedarf, die Perspektiven und die Potenziale einer juristischen Verwaltungsverfahrenstheorie (3.) beleuchtet.

## 1. *Selbststand des (Verwaltungs-)Verfahrens*

### 1.1. *Faktische Relevanz des (Verwaltungs-)Verfahrens*

Jeder Verwaltungsentscheidung liegt bekanntlich ein Verwaltungsverfahren zugrunde, also ein Konglomerat von Handlungen einer Behörde, „die aufeinander, auf eine Zielhandlung und auf ein zu befolgendes Recht sinnhaft bezogen sind.“<sup>4</sup> Jede Verwaltungsentscheidung ist damit faktisch nicht nur davon abhängig, „wer“ über „was“ entscheidet, sondern zumindest zu einem gewissen Grad auch davon, „wie“ entschieden wird. *Rainer Wahl* spricht mit Blick auf das Verwaltungsverfahren daher

elles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: TRUTE / GROSS / RÖHL / MÖLLERS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 489–512, anknüpfen, das sich u.a. „der Hervorhebung der Selbstständigkeit der beiden Regelungsdimensionen des Verwaltungs- und des Organisationsrechts nicht nur in Beziehung zum materiellen Recht, sondern auch zueinander“ (512) verschreibt. Für eine Stärkung des Verwaltungsverfahrensrechts angesichts supranationaler und internationaler Einwirkungen plädieren bereits Klaus-Peter DOLDE, *Verwaltungsverfahren und Deregulierung*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2006, 857–864; Jan ZIEKOW, *Von der Reanimation des Verfahrensrechts*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2005, 263–267.

<sup>4</sup> Mit einem allgemeinen Verfahrensbegriff Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 90.

treffend von einem „Verwirklichungsmodus“<sup>5</sup> der Verwaltungsentscheidung. Ohne Verwaltungsverfahren also keine Verwaltungsentscheidung. Diese – für sich genommen freilich banale – Feststellung trägt zwar noch nicht den Schluss, dass sich das Verwaltungsverfahren von der Logik des materiellen Sachrechts und Institutionsrechts emanzipiert. Die faktische Notwendigkeit eines Verwaltungsverfahrens spricht jedoch dafür, das Verwaltungsverfahren jedenfalls als einen eigenen wissenschaftlichen Erkenntnis- und Untersuchungsgegenstand anzuerkennen.

### 1.2. Sozialwissenschaftlich begründete Relevanz des (Verwaltungs-) Verfahrens

Die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens ist aber nicht nur ein praktisch-notwendiges Faktum, sondern obendrein sozialwissenschaftlich fundiert.

Weil das Gemeinwohl in der pluralistischen Gesellschaft bekanntlich nicht länger vorgegeben, sondern aufgegeben ist, rücken prozedurale Formen seiner Erzeugung in den Mittelpunkt sozialwissenschaftlicher Theorien.<sup>6</sup> Exemplarisch seien an dieser Stelle zwei prominente Positionen erwähnt: Sind Normen im Anschluss an *Jürgen Habermas* nur dann anerkennungswürdig, wenn sie das Produkt eines deliberativen Prozesses sind<sup>7</sup>, kommt dem Verfahren eine nicht kompensierbare legitimationsstiftende Bedeutung für eine Entscheidung zu. Eine vergleichbar notwendige Funktion besitzen Verfahren, wenn man diese mit *Niklas Luhmann* als strukturierte Entscheidungsformen versteht<sup>8</sup>, die unter den Bedingungen gesellschaftlicher Komplexität Legitimation von Entscheidungen erzeugen.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> So mit Blick auf das Verfahrensrecht Rainer WAHL, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 41 (1983), 151–192 (153).

<sup>6</sup> Siehe hierzu auch Christian QUABECK, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, 30 ff., der Theorien einer „dienenden Verfahrensgerechtigkeit“ sogenannte „reine“ Verfahrenslehren“ gegenüberstellt; grundlegend Axel TSCHENTSCHER, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 2000.

<sup>7</sup> Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1992; allgemein Jürgen HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 1981.

<sup>8</sup> Allgemein zu Verfahren in der Verwaltung Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl., 1978, 201 ff.

<sup>9</sup> Zu Luhmanns Verfahrenslehre siehe Christian QUABECK, *Dienende Funktion des*

Beide Modelle zeigen – ungeachtet ihrer grundsätzlichen Unterschiede<sup>10</sup> –, dass Verfahren weit mehr als bloße *Mittel* zur Entscheidungsfindung darstellen, sondern *eigenständige*, hier: legitimationsstiftende Funktionen erfüllen.<sup>11</sup>

### 1.3. Positiv-rechtliche Relevanz des (Verwaltungs-)Verfahrens

Die faktische Unvermeidbarkeit eines Verfahrens und seine sozialwissenschaftlich begründbare Eigenleistung vermitteln dem Verwaltungsv erfahren noch keine positiv-rechtliche Relevanz. Eine positiv-rechtliche Relevanz des Verwaltungsv erfahren lässt sich in der Rechts- und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland<sup>12</sup> jedoch aus der Verfahrensdimension der Grundrechte (1.3.1.) und dem Rechtsstaatgebot (1.3.2.) des Grundgesetzes ableiten.

#### 1.3.1. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Ob eine Notwendigkeit für ein Verwaltungsv erfahren bereits aus der Menschenwürdenorm (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) resultiert, soll an dieser Stelle dahinstehen.<sup>13</sup> Verfahrensbezogene Pflichten lassen sich jedoch zumindest anderen Grundrechtsbestimmungen entnehmen. Vermittelt etwa Art. 2 Abs. 2 GG eine Schutzpflicht für Leib und Leben, können sich damit auch Anforderungen an Verwaltungsv erfahren verbinden, die

*Verwaltungsverfahren und Prozeduralisierung*, 2010, 32–34.

<sup>10</sup> Siehe allein der Beitrag von Jürgen HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? – Was leistet die Systemtheorie?*, 1971, 142–290, sowie die Erwiderung von Niklas LUHMANN, *Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas*, ebenda, 291–405.

<sup>11</sup> Dass das Verfahren weitere Funktionen erfüllt als materielle Richtigkeitsgewähr, ist auch in der Rechtswissenschaft unbestritten. Siehe etwa Hermann PÜNDER, § 13. Grundlagen, in: EHLERS / PÜNDER (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl., 2022, Rn. 1; Martin BURGI, *Die dienende Funktion des Verwaltungsv erfahrens: Zweckbestimmung und Fehlerfolgenrecht in der Reform*, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 2011, 1317–1324 (1318).

<sup>12</sup> Ausgeblendet bleiben an dieser Stelle daher die gewichtigen unionsrechtlichen Impulse für eine Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, siehe dazu Christian QUABECK, *Dienende Funktion des Verwaltungsv erfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, 103 ff.

<sup>13</sup> In diesem Sinne der *status activus processualis* bei Peter HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 30 (1972), 43–141 (86 ff.).

für einen effektiven Schutz von Leib und Leben i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GG erforderlich sind. Grundrechte werden hiernach auch dann verkürzt, wenn Verfahrensvorschriften verletzt werden, die Ausdruck der Verfahrensdimension der Grundrechte sind. In diesem Sinne hat das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem Mülheim-Kärlich-Beschluss entschieden, dass ein Verfahrensfehler in einem atomrechtlichen Verfahren zu einer Grundrechtsverletzung führt, sofern die verletzten Verfahrensvorschriften gerade eine Schutzpflicht aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) erfüllen.<sup>14</sup>

### 1.3.2. Rechtsstaatsprinzip

Auch das grundgesetzliche Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) lässt sich für eine rechtliche Absicherung des Verwaltungsverfahrens anführen. Es besteht zwar noch immer kein Konsens darüber, wodurch sich der ideelle Kern des Rechtsstaatsprinzips auszeichnet<sup>15</sup> – und ob es überhaupt über einen solchen verfügt<sup>16</sup>. Stellt man die Rechtsstaatsidee in die Tradition der Aufklärung, müsste sie jedoch maßgeblich darauf abzielen, Herrschaftsausübung zu rationalisieren.<sup>17</sup> Instrument der Rationalisierung sind dann, freilich nicht nur, aber ganz maßgeblich Verfahren, die darauf ausgerichtet sind, Begründung einzufordern, Beteiligung zu ermöglichen und Kontrolle sicherzustellen – kurzum: staatliches Handeln zur Rechtfertigung zu zwingen. Ein Verwaltungsverfahren, das diese Funktionen verlässlich erfüllt, ist dann auch ein Postulat des Rechtsstaatsprinzips.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> BVerfGE 50, 30 (65).

<sup>15</sup> Katharina SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997, 399 ff., 410 f., 461 ff.

<sup>16</sup> Für das Rechtsstaatsprinzip als einen zusammenfassenden Topos einzelner Phänomene Philip KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, 457 ff. und passim.

<sup>17</sup> Für die Rationalität als Ausfluss des Rechtsstaatsgebots Simon KEMPNY, *Verwaltungskontrolle*, 2017, 1 f.

<sup>18</sup> Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, § 26. Der Rechtsstaat, in: ISENSEE / KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, 3. Aufl., 2004, Rn. 76 ff.; Eberhard SCHMIDT-ASSMANN / Ann-Kathrin KAUFHOLD, § 27. Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: VOSSKUHL / EIFERT / MÖLLERS (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 3. Aufl. 2022, Rn. 31; als spezielle Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips (in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG) das „Recht auf ein faires Verfahren“ BVerfGE 109, 38 (60).

### *1.3.3. Zwischenfazit*

Damit gewinnt das Verwaltungsverfahren auch an positiv-rechtlicher Relevanz: Es ist verfassungsrechtlich geboten, Verfahrensnormen vorzusehen, die Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Rationalisierung gewährleisten. Verwaltungsrechtliche Verfahren sind mithin nicht nur eine faktische, sondern obendrein positiv-rechtlich gebotene Notwendigkeit.

## *2. Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts*

Nach dem soeben Gesagten lässt sich konstatieren: Es benötigt Verwaltungsverfahren. Dafür lassen sich tatsächliche, sozialwissenschaftlich-theoretische und schlicht positiv-rechtliche Gründe anführen. Damit ist freilich noch nicht gesagt, in welchem Verhältnis das Recht des Verwaltungsverfahrens zu anderen rechtlichen Faktoren einer Verwaltungsentscheidung steht, namentlich zum „Wer“ und „Was“, also zur entscheidenden Organisation und zum materiellen Sachentscheidungsrecht.

### *2.1. Einwände*

Ausgehend vom Organisationsrecht und materiellen Sachentscheidungsrecht ließen sich dann auch zwei Einwände gegen einen Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts formulieren: Erstens könnte angeführt werden, dass sich das Verfahrensrecht vollständig den Rationalitäten des materiellen Rechts unterzuordnen habe (2.1.1.). Zweitens ließe sich vortragen, dass das Verfahrensrecht primär den Logiken der entscheidenden Organisation zu folgen habe (2.1.2.). Verwaltungsverfahrensrecht bliebe hiernach zwar tauglicher Gegenstand rechtswissenschaftlicher Analyse, wäre jedoch primär aus materiell-rechtlicher oder organisationsrechtlicher Perspektive zu beleuchten, wäre mit anderen Worten Bestandteil oder Annex zu einer rechtswissenschaftlichen Theorie des Organisationsverwaltungsrechts oder einer rechtswissenschaftlichen Theorie des jeweils einschlägigen materiellen Sachrechts wie etwa einer Theorie des Ordnungs-, Umwelt- oder Medienrechts.

### 2.1.1. Akzessorietät des Verfahrensrechts zum materiellen Sachrecht

Die Vorstellung, das Verfahrensrecht habe sich den Rationalitäten des materiellen Rechts unterzuordnen,<sup>19</sup> schwingt in der Vorstellung einer „dienenden Funktion“<sup>20</sup> des Verwaltungsverfahrensrechts mit, wie sie auch als Leitbild des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts identifiziert wurde.<sup>21</sup> Immerhin, so ließe sich argumentieren, diene das Verfahren dazu, eine materiell-rechtlich determinierte Sachentscheidung zu treffen. Die Anerkennung eines Eigenwertes des Verwaltungsverfahrensrechts könnte hingegen zu einer dysfunktionalen Instrumentalisierung des Verfahrens beitragen.<sup>22</sup> Die Vorschriften über das Verwaltungsverfahren seien daher zuvörderst Mittel zur Erreichung eines außerhalb des Verfahrens liegenden Zwecks, nämlich der Herbeiführung einer

<sup>19</sup> In diesem Sinne etwa Matthias SCHMIDT-PREUSS, Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2005, 489–496 (489 f.): „Das materielle Recht als Leitmaß“; ähnlich auch Michael FEHLING, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (70) 2011, 278–337 (325).

<sup>20</sup> Aus der bundesverwaltungsgerichtlichen Rspr. siehe etwa BVerwGE 105, 348 (354) sowie BVerwGE 92, 258 (261); grundlegend zum Paradigma der „dienenden Funktion“ des Verwaltungsverfahrens Christian QUABECK, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, 8 ff.; ausführlich hierzu ebenso Elke GURLIT, § 109. Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, in: KAHL / LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Band IV, 2022; zu dem wichtigen Hinweis der Differenz zwischen der dienenden Funktion des *Verfahrensrechts* und der dienenden Funktion des *Verfahrens* mit weiteren Nachweisen ebenda Rn. 2 Fn. 9.

<sup>21</sup> So die Diagnose bei Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2007, 40–44 (41); aus rechtsvergleichender Perspektive weist Michael FEHLING, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (70) 2011, 278–337 (289 ff.), dem gegenüber dem deutschen Verwaltungsverfahrensrecht vorgetragenen Vorwurf eines mangelnden Eigenwertes des Verwaltungsverfahrens hingegen weitgehend zurück. Dass die Vorstellung einer „dienenden Funktion“ des Verwaltungsverfahrens gegenüber dem materiellen Sachrecht kein Spezifikum der deutschen Rechtsordnung darstellt, betonen wiederum Eberhard SCHMIDT-ASSMANN / Ann-Kathrin KAUFHOLD, § 27. Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: VOSSKUHL / EIFERT / MÖLLERS (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 3. Aufl., 2022, Rn. 65, die hinsichtlich des Topos eine differenzierte Handhabung anmahnen.

<sup>22</sup> Diese Gefahr erblickt Michael FEHLING, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (70) 2011, 278–337 (287 f.).

Entscheidung nach Maßgabe des materiellen Sachrechts.<sup>23</sup> Das Planfeststellungsverfahren etwa bezwecke danach schlicht eine dem materiellen Sachrecht (Planungsrecht) angemessene Sachentscheidung, aber nicht die Verwirklichung eigenständiger Ziele. Diese Vorstellung klingt im positiven Recht der Bundesrepublik Deutschland an, das Verfahrensfehler weitgehend im Ergebnis als unbeachtlich ansieht (§§ 45, 46 VwVfG) und eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle grundsätzlich an die Überprüfung der Sachentscheidung bindet (§ 44a VwGO).<sup>24</sup>

Die These von der Akzessorietät des Verfahrensrechts zum materiellen Sachrecht stützen außerdem zahlreiche besondere Verfahrensordnungen, die sich an den Spezifika des jeweils anwendbaren materiellen Sachrechts orientieren. Zu nennen seien für die Bundesrepublik Deutschland an dieser Stelle die eigenständigen Verwaltungsverfahrensordnungen im Steuerrecht (Abgabenordnung) oder im Sozialrecht (SGB X) sowie die mit Sachbesonderheiten begründeten eigenen förmlichen Verwaltungsverfahren für das Vergaberecht, das Umweltrecht und das Telekommunikationsrecht.<sup>25</sup>

### *2.1.2. Akzessorietät des Verfahrensrechts zum Organisations- und Institutionenrecht*

Daneben könnte die These von einem Selbststand des Verfahrensrechts vor allem aus einer institutionellen Perspektive bezweifelt werden. So ließe sich anführen, dass das Verfahrensrecht primär der Rationalität der hieran beteiligten Institutionen zu folgen habe. Dafür ließe sich

<sup>23</sup> Statt vieler Elke GURLIT, § 109. Dienende Funktion des Verfahrens und Prozeduralisierung, in: KAHL / LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Band IV, 2022, Rn. 5.

<sup>24</sup> Mit Blick auf §§ 44a S. 1 VwGO, 45, 46 VwVfG von einer „Abschirmungstrias“ des Verwaltungsverfahrensrechts und seiner Fehler gegen eine gerichtliche Sanktionierung sprechend Christian QUABECK, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, 61 ff. In diesem Sinne konstatiert bereits Jan ZIEKOW, Von der Reanimation des Verfahrensrechts, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2005, 263–267 (264): „Die unheilige Allianz von § 44a VwGO und § 46 VwVfG verhindert eine gerichtliche Durchdringung verfahrensrechtlicher Probleme auf breiter Front (II) und führt zu einer sich verschlimmernden ‚Agonie‘ der Wissenschaft vom Verwaltungsverfahrensrecht.“

<sup>25</sup> Vgl. statt vieler Hermann PÜNDEr, § 15. Modifikationen des Grundmodells: Planfeststellungsverfahren und andere besondere Verfahrensarten und -gestaltungen, in: EHLERS / PÜNDEr (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl., 2022, Rn. 65 ff.

der von *Philipp Reimer* vertretene Verfahrensbegriff anführen, wonach das Verfahrensrecht „immer relativ zu einer Stelle“<sup>26</sup> ist und sich etwaige Verfahrenslogiken damit akzessorisch zur entscheidenden Institution verhalten. Eine solche Position könnte außerdem an jüngere rechtswissenschaftliche Perspektiven anschließen, die verstärkt im Sinne eines *institutional turn* den Zusammenhang von Organisation und Entscheidung betonen.<sup>27</sup> Herausgegriffen seien an dieser Stelle die vermehrt anzutreffenden organisationsverfassungsrechtlichen Untersuchungen, die in ein Organisationsverfassungsrecht münden<sup>28</sup>, sowie für das Verwaltungsrecht der von *Eberhard Schmidt-Assmann* und *Wolfgang Hoffmann-Riem* herausgegebene Band „Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource“<sup>29</sup>.

## 2.2. Plädoyer für den Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts

Der These von der Abhängigkeit des Verfahrensrechts vom materiellen Sachrecht und Institutionenrecht soll an dieser Stelle ein Plädoyer für den Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts entgegengehalten werden. Das beruht im Wesentlichen auf den folgenden drei Gründen:

### 2.2.1. Unterschiedliche Logiken von Organisationsrecht, Verfahrensrecht und materiellem Sachrecht

In einem ersten Zugriff ließe sich festhalten, dass das materielle Sach-

<sup>26</sup> Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 65.

<sup>27</sup> Arne PILNIOK, Bausteine einer Theorie des Organisationsverfassungsrechts, in: KRÜPER / PILNIOK (Hrsg.), *Organisationsverfassungsrecht*, 2019, 1–28 (16 f.); speziell zum Zusammenhang von Verwaltungsorganisation und Entscheidung siehe Rainer WAHL, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: SCHMIDT-ASSMANN / HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, 301–338 (311 ff.); Gunnar Folke SCHUPPERT, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, 544 ff. Aus soziologischer Perspektive Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl., 1978, 203.

<sup>28</sup> Siehe nur die von Patrick HILBERT, Julian KRÜPER und Arne PILNIOK herausgegebene Schriftenreihe „Beiträge zum Organisationsverfassungsrecht“, instruktiv zum Forschungsprogramm KRÜPER / PILNIOK (Hrsg.), *Organisationsverfassungsrecht*, 2019, V, VI.

<sup>29</sup> SCHMIDT-ASSMANN / HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997; siehe nunmehr hierzu auch Sven JÜRGENSEN, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktor, in: KAHL / LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. VII, 2025, 431 ff.

recht, das Organisationsrecht und das Verfahrensrecht jeweils eigenen Rationalitäten folgen. Das Organisationsrecht definiert sich – anders als das Verfahrensrecht –, darauf hat *Christoph Möllers* bereits hingewiesen<sup>30</sup>, „durch Grenzen“. Immerhin basieren Organisationen auf einer relativ fixen Mitgliedschaft. Demgegenüber zeichnen sich Verfahren in personeller Hinsicht durch eine relative Flexibilität aus, beziehen diese doch jeweils unterschiedliche Beteiligte ein.<sup>31</sup> Die relative personelle Geschlossenheit einerseits und die relativ personelle Offenheit andererseits verändern die Handlungsbedingungen und die Leistungsfähigkeit von Organisationen zum einen und von Verfahren zum anderen, was jeweils eigene wissenschaftliche Analyseperspektiven eröffnet und theoretische Systematisierungspotenziale nach sich zieht.

Vergleichbare Unterschiede ergeben sich für das Verfahrensrecht und das materielle Sachrecht: Das materielle Sachrecht trifft eine Ausgleichsentscheidung für widerstreitende Rechtspositionen, namentlich staatliche Aufgaben, Kompetenzen und Befugnisse einerseits und private Rechtspositionen andererseits. Es bleibt folglich an der Grenzziehung und Ordnung widerstreitender Rechtspositionen orientiert, denkt demnach tendenziell in einer stärkeren Konflikthaftigkeit und Dauerhaftigkeit. Dementsprechend sind Vorhersehbarkeit und Bestimmtheit von Ermächtigungsnormen, die Voraussetzungen und Grenzen von behördlichen Eingriffsbefugnissen sowie die hiermit verbundene Eingriffsintensität die dominanten Parameter in der wissenschaftlichen Analyse und dogmatischen Aufbereitung des materiellen Sachrechts. Demgegenüber integriert das Verwaltungsverfahren die Betroffenen in die Verwaltungsprozesse, unterstellt hierbei regelmäßig verschiedene Verlaufsmöglichkeiten des Verwaltungsverfahrens und kalkuliert damit auch die Möglichkeit unterschiedlicher Verwaltungsentscheidungen ein. Konsequenterweise ist für das Verfahrensrecht – anders als für das materielle Sachrecht – daher weniger die konflikt- und dauerhafte Zuordnung von widerstreitenden Rechtspositionen, sondern die bisweilen partizipative Gestaltung an einer materiell-rechtlich nicht vollumfänglich determi-

<sup>30</sup> Christoph MÖLLERS, Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: TRUTE / GROSS / RÖHL / MÖLLERS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 489–512 (500).

<sup>31</sup> Christoph MÖLLERS, Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: TRUTE / GROSS / RÖHL / MÖLLERS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 489–512 (500).

nierten Verwaltungsentscheidung typisch. Aus diesem Grund sind nicht sachliche Grenzen, sondern Formen personeller Beteiligung, Kommunikation und Interaktion Thema des Verwaltungsverfahrens. Hinzu tritt die Zeitlichkeit, die etwa in Gestalt von Beteiligungsfristen oder der Heilung von Rechtsfehlern vom materiellen Recht eigenständige Rechtsprobleme nach sich zieht. Die vom materiellen Sachrecht gewährleistete konflikt- und dauerhafte Ordnung sachbezogener Handlungsgrenzen auf der einen und der personen- und zeitorientierte Fokus des Verwaltungsverfahrensrechts auf der anderen Seite bieten Raum für unterschiedliche theoretische Analysen und eröffnen komplementäre Perspektiven auf das Verwaltungsrecht.

### *2.2.2. Verwaltungsverfahren bedingt sowohl Organisationsrecht als auch materielles Recht*

Materielles Sachrecht, Organisationsrecht und Verfahrensrecht verfügen aber nicht nur über eine jeweils eigene Logik. Für das hier interessierende Verfahrensrecht ließe sich sogar festhalten: Es determiniert mitunter die Logik des Organisations- und des materiellen Sachrechts. So ist es denkbar, dass aus den Notwendigkeiten des Verfahrens Vorgaben abgeleitet werden könnten für die Institution einer- und das materielle Recht andererseits. Will der Normgeber beispielsweise zu Zwecken der Gemeinwohlkonkretisierung ein Verfahren schaffen, in dem verschiedene Experten und betroffene Bürger Entscheidungen deliberativ im Sinne der Diskurstheorie treffen<sup>32</sup>, setzt das voraus, dass die Verwaltung zumindest vorübergehend ein solches Gremium einrichtet. Das „Wie“ wirkt dann zugleich auf das „Wer“ der Entscheidung zurück.

Außerdem wäre es möglich, dass das Verfahren das materielle Sachentscheidungsrecht bedingt; das „Wie“ also gewissermaßen auf das „Was“ durchschlägt.<sup>33</sup> Hierfür lässt sich ebenso das eben genannte Beispiel einer Gremienentscheidung heranziehen: Um den deliberativen Prozess einer Entscheidungsfindung zu ermöglichen, müssten dessen

<sup>32</sup> Siehe dazu oben 1.2.

<sup>33</sup> Ähnlich bereits Christoph MÖLLERS, Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: TRUTE / GROSS / RÖHL / MÖLLERS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 489–512 (503), für ein „Gebot verfahrensgerechter Auslegung“, welches verlangt, „dass Verfahrensregeln Rückwirkungen auf das Verständnis des materiellen Rechts haben können.“

Ergebnisse auch verwirklicht werden können. Das materielle Sachrecht bedürfte dafür auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite hinreichender Flexibilität und Offenheit, um das Produkt des deliberativen Diskurses verarbeiten zu können.<sup>34</sup>

### 2.2.3. *Indiz: Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*

Ein Indiz für den Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts liefert schließlich das Thema der diesjährigen SIPE-Tagung: Die Existenz allgemeiner Verwaltungsverfahrensgesetze. Die Verwaltungsverfahrensgesetze decken in aller Regel zwar nicht (mehr) das gesamte Verwaltungsverfahrensgesetz ab; es wurde bereits auf die besonderen Verfahrensordnungen verwiesen. Dennoch zeigen die Existenz und die nach wie vor anerkannte Relevanz der allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetze, dass sich Verfahrensgrundsätze – sachgebietsüberschreitend und institutionenunabhängig – normieren lassen. Es ist demgegenüber nur schwer vorstellbar, eine Verallgemeinerungsleistung<sup>35</sup> eines gar zu einem Bestandteil einer Ordnungsidee<sup>36</sup> apostrophierten sektor- und organisationsübergreifenden Verwaltungsverfahrensgesetzes anzuerkennen und

<sup>34</sup> Thomas GROSS, § 15. Die Verwaltungsorganisation als Teil der Staatsorganisation, in: VOSSKUHL / EIFERT / MÖLLERS, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., 2022, Rn. 13: „So ist es offensichtlich nicht sinnvoll, materiell präzise programmierte Entscheidungen von gewählten ehrenamtlichen Amtsträgern einer Selbstverwaltungseinheit herstellen zu lassen, da ihre spezifische politische Funktion Gestaltungsspielräume voraussetzt.“

<sup>35</sup> Gemeint ist damit die Möglichkeit der Bildung eines „Allgemeinen Teils“, d.h. die Möglichkeit einer am Fluchtpunkt der Generalkodifikation orientierten Gesetzgebung, spezifisch für das Verwaltungsverfahren. Zur Technik der Generalkodifikation im Verwaltungsrecht insbesondere Wolfgang KAHL, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee, in: AXER / GRZESZICK / KAHL / MAGER / REIMER (Hrsg.), *Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase*, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 10, 2010, 39–94 (39 ff.); Wolfgang KAHL / Patrick HILBERT, Die Bedeutung der Kodifikation im Verwaltungsrecht, in: *Rechtswissenschaft. Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 2012, 453–488 (453 ff.); klassisch etwa Franz WIEACKER, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: *Festschrift für Gustav Boehmer*, 1954. 34–51 (34).

<sup>36</sup> Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, § 109. Verwaltungsverfahren, in: ISENSEE / KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 3. Aufl., 2004, Rn. 2: „Verfahren als geordneter Vorgang Überschaubarkeit, Distanz und Rationalität, Koordination und Kontakt vermittelt, die ihrerseits wichtige Rechtswerte sichern und entfalten können“. Allgemein zum Allgemeinen Verwaltungsrecht als Ordnungsidee Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004.

das Verfahrensrecht zugleich zu einem vom materiellen Sachrecht und Institutionenrecht abhängigen Faktor zu degradieren.<sup>37</sup>

### 2.3. Zwischenfazit: Institutionenrecht – Verfahrensrecht – Sachentscheidungsrecht als interdependente Phänomene

Die Einwände gegen einen Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts offenbaren eine wechselseitige funktionale Verschränkung von Organisations-, Verfahrens- und Sachentscheidungsrecht.<sup>38</sup> Nicht nur das Organisationsrecht und das materielle Sachentscheidungsrecht determinieren das Verfahrensrecht. Auch das Verfahrensrecht verfügt über eine relative Eigenlogik, die das Organisations- und das materielle Sachrecht beeinflussen kann; es verfügt nach hier gewählter Terminologie also über einen *Selbststand*.<sup>39</sup>

## 3. Selbststand einer Verwaltungsverfahrenstheorie

Wird sowohl die Relevanz des Verwaltungsverfahrens (1.) als auch ein normativer Selbststand des Verwaltungsverfahrensrechts (2.) an-

<sup>37</sup> Das Indiz wird indes abgeschwächt, wenn man nicht an der begrifflichen Logik des *Allgemeinen* Verwaltungsverfahrensgesetzes festhält und konstatiert, dass dieses praktisch nur Verfahrensregeln für einen überschaubaren Teilbereich des Verwaltungsverfahrensrechts bereithält. Zur „Verlustliste“ des deutschen VwVfG siehe Hermann PÜNDER, § 15. Modifikationen des Grundmodells: Planfeststellungsverfahren und andere besondere Verfahrensarten und -gestaltungen, in: EHLERS / PÜNDER (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl., 2022, Rn. 65 ff.; zu konzeptionellen Schwächen des bundesdeutschen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes siehe allein Eberhard SCHMIDT-ASSMANN / Ann-Kathrin KAUFHOLD, § 27. Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: VOSSKUHL / EIFERT / MÖLLERS (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 3. Aufl. 2022, Rn. 12–14.

<sup>38</sup> Das konstatiert bereits Christoph MÖLLERS, Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: TRUTE / GROSS / RÖHL / MÖLLERS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 489–512 (490): „Verfahren definieren Organisationen, Organisationen definieren, wer materielles Recht anwendet, materielles Recht setzt dem Verfahrens- wie dem Organisationsrecht Ziele und Aufgaben.“

<sup>39</sup> So auch der Befund bei Pascal LANGENBACH, *Der Anhörungseffekt*, 2017, 15; ebenso Elke GURLIT, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 70 (2011), 227–277 (272); den Eigenwert verfahrensrechtlicher Normen speziell gegenüber materiell-rechtlichen Normen betont auch Heike JOCHUM, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozeßrecht*, 2004, 83.

erkannt, gibt es eine Berechtigung und einen Bedarf für eine vertiefte rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Verwaltungsverfahrensrecht. Einlösen ließe sich dieses Anliegen durch eine Verwaltungsverfahrensrechtstheorie. Hierfür sei zunächst erläutert, durch welche Perspektiven und Potenziale sich eine solche auszeichnet (3.1.), bevor ausgewählte Themen einer Verwaltungsverfahrensrechtstheorie skizziert werden (3.2.). Zuvor sei darauf hingewiesen: Aus stilistischen Gründen ist im Folgenden anstelle einer Verwaltungsverfahrensrechtstheorie schlicht von einer Verwaltungsverfahrenstheorie die Rede.

### 3.1. Was ist eine Verwaltungsverfahrenstheorie?

Zunächst gilt es, die Perspektiven (3.1.1.) und damit verbundenen Potenziale (3.1.2.) einer solchen Verwaltungsverfahrenstheorie zu beleuchten. Daran anschließend lässt sich zugleich der Bedarf für eine Verwaltungsverfahrenstheorie aufzeigen (3.1.3.).

#### 3.1.1. Perspektiven

Eine Verwaltungsverfahrenstheorie bewegt sich auf einer theoretischen Ebene.<sup>40</sup> Letztere zeichnet sich indes nicht notwendigerweise dadurch aus, dass sie Überlegungen mit einem gewissen Abstraktions- und Systematisierungsgrad enthält, eben „theoretische“ Aussagen aufweist. Stattdessen lässt sie sich am ehesten in negativer Hinsicht bestimmen, namentlich in Abgrenzung zum positiven Recht und seiner dogmatischen Aufbereitung<sup>41</sup>: Eine Verwaltungsverfahrenstheorie verschreibt sich nicht der Binnenlogik des positiven Verwaltungsverfahrensrechts und beschreibt, ordnet und konkretisiert es – wie die Dogmatik<sup>42</sup> – nach

<sup>40</sup> Zur Unterscheidung einer theoretischen von einer positiv-rechtlichen und dogmatischen Ebene bzw. „Schicht“, wie sie auch den folgenden Überlegungen zugrunde liegt, siehe bereits Mathias HONER, *Die grundgesetzliche Theorie der Regierung*, 2. Aufl., 2025, 63 ff. sowie speziell auf dem Gebiet des Verfassungsrechts Mathias HONER, *Perspektiven der Verfassungstheorie. Plädoyer für eine grundgesetzliche Elementelehre*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Neue Folge* 73 (2025), 199–236 (218 ff.; 221 ff.).

<sup>41</sup> Parallel zur Abgrenzung von Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik siehe Mathias JESTAEDT, § 1. Verfassungstheorie als Disziplin, in: DEPENHEUER / GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 54 ff.; vergleichbar hiermit auch die Abgrenzung zwischen Verfahrensdogmatik und Verfahrenstheorie bei Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 95 ff.

<sup>42</sup> Für einen solchen Begriff von Dogmatik auch REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015,

den Bedürfnissen der Rechtsanwendung. Damit sind die Aussagen einer Verwaltungsverfahrenstheorie nicht von positiv-rechtlicher oder dogmatischer Qualität, maßen sich mit anderen Worten also nicht an, unter Rekurs auf die Autorität des positiven Rechts darüber Auskunft zu geben, welche Verfahrensschritte das positive Recht vorgibt, welche Verfahrensrechte es statuiert oder welche Verfahrensfehlerfolgen es anordnet. Mit diesem mangelnden positiv-rechtlichen Status eröffnen sich einer Verwaltungsverfahrenstheorie aber zugleich andere Erkenntnisquellen, Methoden und damit Perspektiven; was – wie eine Verwaltungsverfahrenstheorie – nicht positiv-rechtlich zwingt, muss sich eben auch nicht positiv-rechtlich begründen lassen.

Einer Verwaltungsverfahrenstheorie erschließen sich damit zum einen normative Überlegungen jenseits des jeweils konkret geltenden Verfahrensrechts. Etwaige normative Aussagen lassen sich insbesondere mit Blick auf tragende Grundprinzipien der Rechtsordnung ermitteln oder durch einen Vergleich inländischer und ausländischer verschiedener Verwaltungsverfahrensordnungen erschließen. Zum anderen eröffnen sich einer Verwaltungsverfahrenstheorie auch empirische Erkenntnisse, etwa ökonomischer oder psychologischer Natur, über die faktisch-praktischen Bedingungen, Hindernisse oder Begünstigungseffekte eines Verwaltungsverfahrens.<sup>43</sup>

Eine Verwaltungsverfahrenstheorie ist damit auch ein interdisziplinäres Unterfangen. Dabei fühlt sich die vorliegende Untersuchung, das ist zu betonen, nicht dem Anliegen einer entdifferenzierten Universalwissenschaft im Sinne einer Steinschen Verwaltungslehre verpflichtet. Im Gegenteil: Der Ausweis einer Verwaltungsverfahrenstheorie zielt darauf ab, geltend-rechtliche Aussagen von Überlegungen abzuschichten, welche nicht dem „Positivierungstest“<sup>44</sup> standhalten, letztere aber nicht in das rechtswissenschaftliche Niemandsland zu verbannen, sondern für die Rechtsgewinnung aufzubereiten.<sup>45</sup> Das hier verfolgte Anliegen ist damit

95–97; den Anwendungsbezug der (Verfassungs-)Dogmatik unterstreicht auch Matthias JESTAEDT, § 1. Verfassungstheorie als Disziplin, in: DEPENHEUER / GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 23.

<sup>43</sup> Vgl. insoweit Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 131 ff., der insoweit zwischen einer empirischen und juristischen Verfahrenstheorie unterscheidet.

<sup>44</sup> Formulierung von Matthias JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, 289.

<sup>45</sup> Gleichsinnig Christoph MÖLLERS, Materielles Recht – Verfahrensrecht – Organisationsrecht, in: TRUTE / GROSS / RÖHL / MÖLLERS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 489–512 (490), der einen vom positiven Recht

dem Anliegen einer Ausdifferenzierung von Gegenstand und Methoden verbunden.<sup>46</sup>

Insoweit übernimmt eine Verwaltungsverfahrenstheorie für das Verwaltungsverfahrensrecht die Funktion einer Verfassungstheorie.<sup>47</sup> Anschließend kann sie außerdem an eine (zunehmend für das Verfassungsrecht erarbeitete<sup>48</sup>) Theorie der Organisationen, die eine Verwaltungsverfahrenstheorie um eine auf das Verwaltungsrechtsrecht beschränkte verfahrensbezogene Perspektive ergänzt. Insoweit greift sie zugleich das Plädoyer für eine Theorie der Handlungsformen<sup>49</sup> sowie die bereits erfolgten Untersuchungen bezüglich einer Verwaltungsrechtstheorie auf, differenziert eine solche jedoch weiter zugunsten des Verwaltungsverfahrens aus. Unmittelbar aufbauen kann eine solche Verwaltungsverfahrenstheorie auf der juristischen Verfahrenstheorie von *Philipp Reimer*, „die auf die Beschreibung und Bewertung von Sinnhorizonten positiv-realer oder idealer Verfahrensrechtsnormen abzielt“<sup>50</sup>, wobei letztere – anders als hier – nicht auf das Verwaltungsverfahrensrecht beschränkt ist. Das gesteigerte Interesse an einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Verwaltungsverfahren und seinem Recht demonstriert schließlich der jüngste Band der Arbeitsgespräche zum Verwaltungsrecht von *Wolfgang Kahl* und *Ute Mager* zum Thema „Verwaltungsverfahren“<sup>51</sup>.

und der Dogmatik losgelösten rechtswissenschaftlichen Bedarf für die Unterscheidung von materiellem Recht, Verfahrensrecht und Organisationsrecht anmeldet, siehe auch: „Die Unterscheidung zwischen den drei Dimensionen kann mit anderen Worten einen rechtsdogmatischen Wert haben, sie hat aber in jedem Fall einen heuristischen, also rechtswissenschaftlichen Wert.“

<sup>46</sup> In dem Sinne das Plädoyer für einen Rechtswissenschaftspluralismus, der der Rechtswissenschaft verschiedene Perspektiven auf das Recht ermöglicht Matthias JESTAEDT, Perspektive der Rechtswissenschaftstheorie, in: JESTAEDT / LEPSIUS (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 185 (196 f.).

<sup>47</sup> Zu den Perspektiven und Funktionen der Verfassungstheorie siehe Matthias JESTAEDT, § 1. Verfassungstheorie als Disziplin, in: DEPENHEUER / GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 28 ff.

<sup>48</sup> Bausteine einer Theorie des Organisationsverfassungsrechts finden sich bei Arne PILNIOK, Bausteine einer Theorie des Organisationsverfassungsrechts, in: KRÜPER / PILNIOK (Hrsg.), *Organisationsverfassungsrecht*, 2019, 1–28 (1 ff.). Repräsentativ dürften außerdem die bereits erwähnten (Fn. 28) Beiträge in der Schriftenreihe zum Organisationsverfassungsrecht stehen.

<sup>49</sup> Dafür plädiert Oliver LEPSIUS, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates? Eine deutsche Perspektive: Von der Staatstheorie zur Theorie der Herrschaftsformen, in: *Europäischen Grundrechte-Zeitschrift* 2004, 370–381 (370 ff.).

<sup>50</sup> Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 133.

<sup>51</sup> KAHL / MAGER (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 2025.

### 3.1.2. Potenziale

Eine Verwaltungsv erfahrenstheorie ist nicht nur von rein wissenschaftlichem Interesse, sondern mittelbar auch für die Rechtsgewinnung im Verwaltungsrecht bedeutsam: *Adolf Julius Merkl* hat darauf hingewiesen, dass Rechtsgewinnung stets durch ein Moment heteronomer Rechtskenntnis und autonomer Rechtserzeugung gekennzeichnet ist.<sup>52</sup> Wenn das richtig ist, ist Rechtsgewinnung – auch und gerade – auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechts auf eine so verstandene Verwaltungsv erfahrenstheorie angewiesen<sup>53</sup>:

Soweit sich die Rechtsgewinnung als heteronome Rechtskenntnis darstellt, ist es auf theoretische Erkenntnisse angewiesen, die die Erkenntnis des geltenden Rechts erleichtern. Es geht mit anderen Worten um ein Vorverständnis, das jeder Rechtsgewinnung bewusst oder unbewusst logisch vorausgeht<sup>54</sup> – auch im Verwaltungsverfahrensrecht. Das setzt bereits auf der Ebene des primären Unionsrechts an, welches zum Beispiel mit dem Recht auf eine „gute Verwaltung“ (Art. 41 GRCh) eine Figur normiert, die ein Vorverständnis darüber verlangt, worin sich eine „gute Verwaltung“ – und damit auch ein „gutes“ Verwaltungsv erfahren – auszeichnet und worin nicht. Auch das einfach-gesetzliche Verwaltungsv erfahrensrecht operiert mit anspruchsvollen Konzepten wie der Befangenheit und der Öffentlichkeitsbeteiligung oder kennt beachtliche und unbeachtliche Fehler im Verwaltungsv erfahren. Das Verständnis jener positiv-rechtlich normierten Institute setzt unausgesprochen ein Verständnis darüber voraus, wozu ein Verwaltungsv erfahren dient, welche legitimationsstiftenden Effekte es hervorbringt und wodurch diese bedroht sind. Das deutsche Verwaltungsv erfahrensgesetz definiert zwar ein Verwaltungsv erfahren (§ 9 VwVfG). Über den tieferen Zweck des Verwaltungsv erfahrens sagt es allerdings nichts aus. Gleiches gilt für das ös-

<sup>52</sup> Adolf MERKL, Das doppelte Rechtsantlitz, in: MAYER-MALY / SCHAMBECK / GRUSSMANN (Hrsg.), *Adolf Julius Merkl Gesammelte Schriften*, 1. Band, 1993, 227 (231 ff.).

<sup>53</sup> Die folgende Funktionsbeschreibung einer Verwaltungsv erfahrenstheorie für die Rechtsgewinnung im Verwaltungsrecht dürfte weitgehend den Kopplungsmechanismen von Verfassungstheorie und Verfassungsdogmatik bei Matthias JESTAEDT, § 1. Verfassungstheorie als Disziplin, in: DEPENHEUER / GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 53 ff. entsprechen.

<sup>54</sup> Grundlegend Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, passim; Hans-Georg GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 7. Aufl., 2010, 290 ff., 307 ff.

terreichische Allgemeine Verfassungsgesetz. Hier setzt eine Verwaltungsverfahrenstheorie an.

Erweist sich die Rechtsgewinnung demgegenüber als autonome Rechtserzeugung, besteht Raum für theoretischen Input, wie entsprechende Entscheidungsspielräume ausgefüllt werden können. Das betrifft beispielsweise den einfachen nationalen wie europäischen Gesetzgeber, der bei der gesetzlichen Regulierung des Verwaltungsverfahrens darüber aufgeklärt werden sollte, was ein Verwaltungsverfahren leisten können sollte und auf welche normativen Voraussetzungen es hierfür angewiesen ist. Insoweit wäre eine Verwaltungsverfahrenstheorie der ideale Rahmen, um sich über die gegenwärtig eingeforderte Reform des Verwaltungsverfahrens – insbesondere vor dem Hintergrund der Digitalisierung wie Europäisierung<sup>55</sup> – zu verständigen.<sup>56</sup> Das gilt ebenso für die Administrative, die teilweise ein Ermessen dahingehend besitzt, auf welchen Verfahrenstyp sie zurückgreift, und deshalb über Vor- und Nachteile verschiedener Verfahrenstypen<sup>57</sup> informiert sein sollte. Weil insoweit der Raum positiv-rechtlich zwingender Vorgaben erschöpft ist, bewegen sich jene Überlegungen zwangsläufig auf einer theoretisch-wissenschaftlichen Ebene. Hier sollte die Rechtswissenschaft nicht außen vor bleiben und das Feld anderen Sozial- und Geisteswissenschaften überlassen! Eine Verwaltungsverfahrenstheorie kann hier gewissermaßen als eine wissenschaftlich informierte „Rechtspolitik“<sup>58</sup> agieren, eine Art „Verfahrensphi-

<sup>55</sup> Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts in Gestalt des VwVfG über das Verwaltungsverfahrenrecht hinaus siehe Markus LUDWIGS, Die Europäisierung des VwVfG – Zwischenbilanz und Perspektiven, in: KAHL / MAGER (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 2025, 61 ff.

<sup>56</sup> Der Einschätzung von Andreas VOSSKUHLE, Das Verwaltungsverfahren im Spiegel der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: BURGI / SCHÖNENBROICHER (Hrsg.), *Die Zukunft des Verwaltungsverfahrenrechts*, 2010, 13 (20 f.) ist daher nichts beizufügen: „Die gegenwärtige Aufgabe des (Verwaltungs-)Rechtswissenschaftlers besteht daher immer häufiger darin, innerhalb eines veränderbaren und sich stetig verändernden rechtlichen Rahmens mögliche Handlungsalternativen aufzuzeigen, ihre Folgen abzuschätzen, Interessengegensätze offen zu legen und rational begründete, praktische Entscheidungsvorschläge zu erarbeiteten, die je nach Brauchbarkeit dann ihrerseits wieder an den dogmatischen Diskurs rückgebunden werden können.“

<sup>57</sup> Verschiedene Verfahrenstypen identifiziert Elke GURLIT, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 70 (2011), 227–277 (248 ff.).

<sup>58</sup> So für die Verfassungstheorie Matthias JESTAEDT, § 1. Verfassungstheorie als Disziplin, in: DEPENHEUER / GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 65.

losophie“<sup>59</sup> transportieren und eine intersubjektiv anerkennungswürdige „prozedurale Verwaltungskultur“<sup>60</sup> vermitteln. Das dürfte sich speziell für die Reform des Verwaltungsverfahrens oder eben eine „Transformation der Verwaltungskultur“<sup>61</sup> mit Blick auf die Digitalisierung<sup>62</sup> oder die Arbeit an einem europäischen Verwaltungsverfahrensrecht<sup>63</sup> als hilfreich erweisen.

### 3.1.3. Bedarf

Die Potenziale einer theoretischen Erkenntnishilfe einerseits und einer wissenschaftlich informierten Rechtspolitik andererseits kann weder ein positives Verwaltungsverfahrensrecht übernehmen noch eine hierauf bezogene Verwaltungsverfahrensrechtsdogmatik leisten:

Die Funktion eines Vorverständnisses für die Interpretation des positiven Verwaltungsverfahrensrechts kann letzteres nicht selbst erfüllen; das Vorverständnis ist dem Zu-Verstehenden nicht immanent.<sup>64</sup>

Die Funktion einer wissenschaftlich informierten Rechtspolitik lässt sich ebenso wenig durch positives Recht oder Dogmatik erledigen, weil innerhalb von positiv-rechtlich statuierten Entscheidungsspielräumen

<sup>59</sup> Begriff bei Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2007, 40–44 (44).

<sup>60</sup> Begriff bei Christian QUABECK, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010, 102, unter Rückgriff auf den Begriff der „Verwaltungskultur“ bei Peter HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., 1998, 90.

<sup>61</sup> Formulierung bei Karl-Peter SOMMERMAN, *Das Verwaltungsverfahrensgesetz im europäischen Kontext: eine rechtsvergleichende Bilanz*, in: HILL / SOMMERMAN / STELKENS / ZIEKOW (Hrsg.), *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven*, 2011, 191 (209).

<sup>62</sup> Speziell zu den Herausforderungen elektronischer Kommunikation im Verwaltungsverfahren siehe Thomas WISCHMEYER, *Elektronische Kommunikation im Verwaltungsverfahren unter den Bedingungen europäischer Verbundstrukturen*, in: KAHL / MAGER (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 2025, 329 ff.

<sup>63</sup> Die Wirkungen und Perspektiven eines kodifizierten unionsrechtlichen Verwaltungsverfahrensrechts beleuchtet Wolfgang KAHL, *Verwaltungsverfahren – Einleitende Bemerkungen*, in: DERS. / MAGER (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 2025, 9 (19 ff.); ausführlich hierzu Thomas VON DANWITZ sowie Ulrich STELKENS, *Kodifikationen des Verwaltungsverfahrensrechts auf EU-Ebene: Wirkungen und Perspektiven*, in: KAHL / MAGER (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 2025, 125 ff. bzw. 141 ff.

<sup>64</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden auch bereits für eine Verfassungstheorie Mathias HONER, *Perspektiven der Verfassungstheorie. Plädoyer für eine grundgesetzliche Elementelehre*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Neue Folge* 73 (2025), 199–236 (217).

der Raum des positiven Rechts und einer hierauf bezogenen Dogmatik endet.

Speziell die Abgrenzung der Theorie zur Dogmatik erlaubt es schließlich, die wissenschaftliche Analyse und die anwendungsorientierte Aufbereitung des Rechts eigenständigen methodischen Regeln zu unterwerfen und ihren Produkten eigene begriffliche Kategorien beiseitezustellen. Das ermöglicht es insbesondere, zwischen Figuren abzugrenzen, die sich der anwendungsorientierten Beschreibung des geltenden Rechts widmen, und solchen, die ein – wie auch immer geartetes – wissenschaftliches Erkenntnisinteresse verfolgen.<sup>65</sup>

Für eine Verwaltungsverfahrenstheorie, die sich vom positiven Recht und einer hierauf bezogenen Dogmatik unterscheidet, besteht folglich auch ein entsprechender Bedarf.

### 3.2. Themen einer Verwaltungsverfahrenstheorie

Welchen Themen könnte sich eine so verstandene Verwaltungsverfahrenstheorie widmen? Das lässt sich an dieser Stelle freilich nur andeuten. Im Mittelpunkt einer Verwaltungsverfahrenstheorie könnten zum einen die Funktionen von Verwaltungsverfahren und zum anderen die normativen wie tatsächlichen Bedingungen ihrer Realisierung stehen. Vereinfacht gesagt ginge es also um eine Verständigung darüber, welche Zwecke Verwaltungsverfahren einerseits verfolgen sollen und wie sie diese andererseits erreichen können. Vergleichbar hierzu beschreibt auch *Philipp Reimer* die Funktion einer juristischen Verfahrenstheorie dahingehend, „gegebene Rechtsnormen zu erklären, zu deuten und mit einem tieferen Sinn auszustatten, sie miteinander und mit hypothetischen Regelungsvarianten zu vergleichen oder sie zu bewerten.“<sup>66</sup> Sie ist damit insbesondere der „Ort für ein normwissenschaftliches Denken in Möglichkeiten und Alternativen.“<sup>67</sup> Sie zielt auf „die Systematisierung der Zwecke und die Analyse der Zweckmäßigkeit der Normen.“<sup>68</sup> Ein solcher thematischer Zuschnitt könnte anschließen an das Verständnis einer

<sup>65</sup> Das betont auch Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 129, der im Kontext des Verfahrensrechts für eine Unterscheidung von Theorie und Dogmatik wirbt, siehe dort zu weiteren Argumenten.

<sup>66</sup> Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 135.

<sup>67</sup> Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 135.

<sup>68</sup> Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 151.

Verfassungstheorie bei *Matthias Jestaedt*, der ihre Aufgabe u.a. zum einen darin erblickt, das „Warum und Wozu der Verfassung“<sup>69</sup> oder den „hinter den positivrechtlichen Einzelregeln sich verbergenden Eigensinn“<sup>70</sup> aufzudecken und zum anderen die „Bedingungen normativer Sinnerfüllung“ zu identifizieren, also die „nicht-positivierbaren Bedingungen, unter denen Verfassungsbestimmungen ihre volle Sinnentfaltung oder Sinnerfüllung erfahren“<sup>71</sup>. Diese Themen seien für eine Verwaltungsverfahrenstheorie schlagwortartig im Folgenden skizziert.

### 3.2.1. Funktion von Verwaltungsverfahren

Eine Verwaltungsverfahrenstheorie ist der ideale Rahmen, um sich zunächst über die Funktionen von Verwaltungsverfahren zu verständigen.<sup>72</sup> Das ist – das wurde bereits ausgeführt – nicht selbst positiv-rechtlich determiniert und damit einer wissenschaftlich-theoretischen Beantwortung bedürftig. Hier stehen sich unterschiedliche und bisweilen gegensätzliche Funktionen gegenüber:

Die Funktion des Verwaltungsverfahrens ließe sich insbesonde-

<sup>69</sup> Matthias JESTAEDT, § 1. Verfassungstheorie als Disziplin, in: DEPENHEUER / GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 33.

<sup>70</sup> Matthias JESTAEDT, § 1. Verfassungstheorie als Disziplin, in: DEPENHEUER / GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 33.

<sup>71</sup> Matthias JESTAEDT, § 1. Verfassungstheorie als Disziplin, in: DEPENHEUER / GRABENWARTER (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, Rn. 36.

<sup>72</sup> Siehe hierzu bereits Martin BURGI / Wolfgang DURNER, *Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG*, 2012, 29 f., 31 ff.; Michael FEHLING, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (70) 2011, 278–337 (307); Elke GURLIT, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 70 (2011), 227–277 (238 ff.); Pascal LANGENBACH, *Der Anhörungseffekt*, 2017, 9 ff. Siehe daneben weitere in der Literatur vertretene Verwaltungsfunktionen bei Wolfgang HOFFMANN-RIEM, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz – Einleitende Problemskizze*, in: DERS. / SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, 9 (28 f.), siehe dort auch die – hier ebenso außer Acht gelassene – Funktion des Verwaltungsverfahrens als „Wirklichkeitskonstruktion“ (S. 23 ff.), wonach das Verfahren dazu dienen soll, „die von der Rechtsordnung als maßgeblich [...] bestimmten Entscheidungsfaktoren zu identifizieren und sie in rechtlich dirigierter Weise in das Entscheidungsergebnis einfließen zu lassen“ (S. 23). Speziell zu den Funktionen des Verwaltungsverfahrens in Kontexten privatisierter öffentlicher Aufgaben siehe außerdem Martin BURGI, *Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen*, in: HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, 155 (insbes. 174 ff.).

re darin erblicken, das demokratisch legitimierte und in Gesetzesform gegossene Gemeinwohlprogramm effektiv um- und durchzusetzen.<sup>73</sup> Hiernach stünde das Verwaltungsverfahren vor allem im Dienst des demokratischen Gemeinwohlprogramms, besäße maßgeblich eine demokratisch legitimierte „Realisierungsfunktion“.<sup>74</sup> Die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens hätte sich hiernach am Beschleunigungsgebot zu orientieren. Beteiligungs- und Anhörungsrechte hätten wiederum vor allem die Funktion, bei Gesetzesadressaten für Verständnis für das jeweils zu vollziehende Gesetz zu werben und hierfür Unterstützung zu mobilisieren.

Demgegenüber steht eine Lesart, die das Verwaltungsverfahren eher als ein Instrument begreift, den Gesetzesvollzug zu retardieren und der politischen Verwaltungsleitung tendenziell aus der Hand zu nehmen, um so gegenläufige Interessen in die Normkonkretisierung zu integrieren. Das Verwaltungsverfahren besäße hiernach vor allem eine rechtsstaatliche und grundrechtliche Funktion.<sup>75</sup> Das Verwaltungsverfahren nähme folglich – anders als im ersten Fall – eine tendenziell eigenständigere Bedeutung gegenüber den vorangegangenen Schritten der Rechtsproduktion (namentlich dem Gesetzeserlass) ein. Das Verwaltungsverfahren verfolgte dementsprechend einen entschleunigenden Anspruch. Verfahrensbeteiligungsrechte wären etwa möglichst so zu begreifen, dass Betroffene ihre schutzwürdigen Interessen in den Gesetzesvollzug einspeisen könnten.

Schließlich könnte dem Verwaltungsverfahren eine Partizipationsfunktion zudedacht werden, die ihrerseits demokratische Legitimation stiftet.<sup>76</sup> Betroffen wäre hier nicht das demokratische Mandat des par-

<sup>73</sup> Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2007, 40–44 (41), spricht hier vom Modell der „klassischen gesetzessvollziehenden Verwaltung“ unter Rekurs auf das Grundmodell bei Hermann PÜNDEr, § 13. Grundlagen, in: EHLERS / PÜNDEr (Hrsg.): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl., 2022.

<sup>74</sup> Vgl. Rainer WAHLS „Verwirklichungsmodus“, siehe oben 1.1.

<sup>75</sup> Zu einer solchen Verwaltungsfunktion siehe Elke GURLIT, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 70 (2011), 227–277 (240 f.); ähnlich insoweit die Funktion der Rechtsverteidigung bei Michael FEHLING, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (70) 2011, 278–337 (307 f.).

<sup>76</sup> Dafür Elke GURLIT, *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 70 (2011), 227–277 (242 ff.).

lamentarisch-repräsentativen Systems, sondern eine etwaige politische Mitwirkung der betroffenen Bürger. Das Verwaltungsverfahren besäße hiernach eine gegenüber den vorangegangenen Schritten der Rechtsproduktion eigenständige dezentrale-demokratische Funktion. Legt man diese zugrunde, wären Beteiligungsrechte maßgeblich am Maßstab der Eigenlogik demokratisch-politischer Willensbildung zu konfigurieren.

Diese Überlegungen, das wurde bereits versucht anzudeuten, können relevant sein, um bereits geltendes Verfahrensrecht (etwa die Bestimmungen über die Anhörung im Verwaltungsverfahren nach § 28 VwVfG) zu verstehen oder im Falle administrativer Gestaltungsspielräume angemessen anzuwenden. Sie bieten aber auch eine theoretische Kontrastfolie zum geltenden Verfahrensrecht, um dem nationalen Gesetzgeber Orientierung bei der Gestaltung des Verfahrensrechts zu verschaffen.

Dabei wurden und werden vergleichbare Überlegungen bereits angestellt. Herauszugreifen ist beispielsweise *Michael Fehlings* Auseinandersetzung mit verschiedenen Leitbildern der Verwaltung und ihren Implikationen für Unparteilichkeitsregelungen<sup>77</sup> oder *Susanne Baers* Studie über unterschiedliche Verständnisse, die dem Verwaltungsrecht vom Bürger zugrunde liegen<sup>78</sup>. Demnach sind die hier vorgestellten Forschungsfelder einer Verwaltungsverfahrenstheorie der Sache nach also gar nicht neu. Eine Verwaltungsverfahrenstheorie würde diese Überlegungen aber von der Dogmatik abschichten und – wissenschaftstheoretisch angemessen – als theoretisch-wissenschaftliche Begriffsbildung transparent machen.<sup>79</sup>

### 3.2.2. Identifikation verschiedener Idealtypen eines Verwaltungsverfahrens

Hierauf aufbauend ließe sich im Rahmen einer Verwaltungsverfahrenstheorie darüber verständigen, wie Verwaltungsverfahren idealiter ausgestaltet werden könnten. Es ginge gewissermaßen um einen Idealtypus für die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens. Dabei könnte man auch – ganz im Anschluss an eine bereits skizzierte „allgemeine

<sup>77</sup> Michael FEHLING, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, 2001, 93 ff.

<sup>78</sup> Susanne BAER, „Der Bürger“ *im Verwaltungsrecht*, 2006.

<sup>79</sup> In diesem Sinne ebenso bereits für eine Verfahrenstheorie Philipp REIMER, *Verfahrenstheorie*, 2015, 129 f.

Verfahrenslehre<sup>80</sup> – nach Verfahrensphasen und Verfahrenssubjekten unterscheiden.

Im Einzelnen betrifft das insbesondere die Frage, durch welche Verfahrensschritte und welche Verfahrensbeteiligungen Verwaltungsverfahren sinnvollerweise geprägt sein sollten und wie mit etwaigen Verfahrensfehlern<sup>81</sup> umzugehen ist. Um der Vielgestaltigkeit unterschiedlicher Verwaltungsaufgaben Rechnung zu tragen, wären dabei freilich verschiedene Verfahrenstypen zu identifizieren, es ginge also um Leitbilder für Verwaltungsverfahren im Plural<sup>82</sup>, nicht im Singular. So könnte eine Verwaltungsverfahrenstheorie zum Beispiel den Sinn und Zweck verschiedener Verfahrensschritte beleuchten, zum Beispiel untersuchen, welches legitimatorische Potenzial eine Öffentlichkeitsbeteiligung<sup>83</sup> besitzt oder inwieweit eine Anhörung vor Verwaltungsentscheidungen zur Akzeptanzsteigerung von Verwaltungsentscheidungen beiträgt<sup>84</sup>. Ebenso könnte sie darüber reflektieren, welche Formen der Sachverhaltsermittlung der jeweiligen Funktion des Verwaltungsverfahrens adäquat sind. Schließlich ließe sich diskutieren, welche Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung für welchen Verwaltungszweck besonders angemessen erscheinen.

Von hier aus ließen sich auch Rückschlüsse für die Ausgestaltung der jeweils handelnden Institution ziehen. Wird beispielsweise dem Verwaltungsverfahren die Funktion attestiert, den Gesetzesvollzug zu retardieren, müsste sich ein solches Verwaltungsverfahren gegenüber Einflüssen der politisierten Verwaltungsleitung tendenziell abschirmen; die Eigen-

<sup>80</sup> Siehe hierzu Eberhard SCHMIDT-ASSMANN / Ann-Kathrin KAUFHOLD, § 27. Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: VOSSKUHLE / EIFERT / MÖLLERS (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 3. Aufl. 2022, Rn. 96 ff. (Herv. im Orig.), die daneben noch das Verfahrensrechtsverhältnis und das Verfahrensermessen benennen.

<sup>81</sup> Dazu etwa Eberhard SCHMIDT-ASSMANN / Ann-Kathrin KAUFHOLD, § 27. Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: VOSSKUHLE / EIFERT / MÖLLERS (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 3. Aufl. 2022, Rn. 105 ff.

<sup>82</sup> Ganz in diesem Sinne hierzu die verschiedenen Verwaltungstypen bei Michael FEHLING, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, 2001, 97 ff., 124 ff., 150 ff., 169 ff.

<sup>83</sup> Zu den legitimationsstiftenden Effekten der Öffentlichkeitsbeteiligung siehe Birgit PETERS, *Legitimation durch Öffentlichkeitsbeteiligung?*, 2020, 139 ff.

<sup>84</sup> Die Folgen der Anhörung aus einer interdisziplinären Perspektive untersucht Pascal LANGENBACH, *Der Anhörungseffekt*, 2017, 99 ff., 112 ff.

ständigkeit dieses Rechtserzeugungsschrittes wäre daher ebenso institutionell abzusichern.

Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens besitzen auch Implikationen über sinnvollerweise zu integrierende oder eben gerade nicht zu involvierende Verfahrensbeteiligte. Wird dem Verwaltungsverfahren zum Beispiel eine stärkere partizipative und dezentral-demokratische Rolle attestiert, ließe sich damit das Plädoyer nach einer intensiveren Beteiligung von Verbänden und Öffentlichkeit verbinden. Votiert man hingegen für eine stärkere rechtsstaatliche Lesart des Verwaltungsverfahrens, wären jene Akteure demgegenüber tendenziell fernzuhalten, weil mit ihnen die Gefahr verbunden ist, das Verfahren im Interesse von Gemeinwohlfragen unangemessen zu überfrachten, gewissermaßen zu politisieren.

Aus dem Verständnis über die Funktion des Verwaltungsverfahrens ergeben sich dann auch Schlussfolgerungen über den idealen Umgang mit Verfahrensfehlern. Hier wäre Raum, sich angesichts der jeweils identifizierten Funktion des Verwaltungsverfahrens darüber zu verständigen, welche Verfahrensfehler beachtlich oder unbeachtlich sein sollten. Dies könnte in eine Typologie von Verfahrensfehlerfolgen münden, die gemessen an den unterschiedlichen Funktionen von Verwaltungsverfahren und den verschiedenen Verfahrenstypen den Kreis entbehrlicher und unentbehrlicher Verfahrensanforderungen aufzeigen.

#### *4. Abschluss*

Eine Verwaltungsverfahrenstheorie bezweckt keine Theoretisierung der Theoretisierung wegen. Stattdessen tritt sie dazu an, die – auch und gerade – im Verwaltungsrecht zugrunde liegenden (zumindest unausgesprochenen) Vorstellungen über die Funktion des Verwaltungsverfahrens und die Rolle der hierin involvierten Akteure aufzudecken und wissenschaftlich zu reflektieren. Die Rechtswissenschaft sollte das weder allein fremden Disziplinen überlassen noch der Verwaltungsrechtsdogmatik zuschlagen. Andernfalls blieben einer Verwaltungsverfahrenstheorie rechtswissenschaftliche Perspektiven verschlossen oder ihre Überlegungen vermengten sich mit der Logik einer auf die Rechtsanwendung konzentrierten Rechtsdogmatik.



# GOOD ADMINISTRATION IN SWEDEN: EUROPEAN PRINCIPLES AND NATIONAL REGULATION

*Torvald Larsson\**

## 1. *Introduction*

Good administration is a well-known phenomenon in the administrative law discourse. Described as a cornerstone of the European understanding of rule of law, good administration is enshrined in legal instruments at both European and national levels.<sup>1</sup> Good administration constitutes a fundamental right under Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and has also been highlighted within the Council of Europe, not the least through Recommendation (2007)7 on good administration. Among the European states, good administration is recognised in constitutions, ordinary acts of law or in policy documents. An example of a country where good administration is regarded as a fundamental right is Finland, where the right to a good administration has been a part of the constitution since 1995.<sup>2</sup>

Whereas good administration is widespread as a phenomenon, the concrete meaning of it may vary. Speaking in general terms, good administration may refer to a requirement that administrative authorities shall uphold an ethical approach, put an emphasis on economy and efficiency, and secure a lawful and predictable handling of matters. Good administration may also be used to describe an ideal, a standard or an instruction for the authorities, or it may entail individually enforceable claims or rights, the breach of which may lead to legal effects in the individual case. Further, good administration may be understood as an umbrella term of several distinct administrative rules and principles, or as a principle or right with its own distinct content.<sup>3</sup>

\* Torvald LARSSON, LL.D., Senior Lecturer, Faculty of Law, Lund University.

<sup>1</sup> See Statskontoret (The Swedish Agency for Public Management), *Good administration in European countries*, Stockholm 2023, 13.

<sup>2</sup> See Matti NIEMIVUO, Har Sveriges förvaltningslag påverkat Finlands motsvarande lag – eller tvärtom?, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018, 632.

<sup>3</sup> See Ida KOIVISTO, From moral rules to individual rights – and beyond? The institutionalization of good administration in Finland and in Europe, *Förvaltningsrättslig*

Given these differences, any analysis of good administration must start from the specific legal context in which the term is used.

In this essay, the focus will be on good administration in Swedish administrative law. Unlike its neighbour country Finland, Sweden does not recognise good administration as a specific fundamental right enshrined in the constitution. However, since 2018, the expression good administration has been enshrined in the Administrative Procedure Act (SFS [Svensk författningssamling – Swedish Code of Statutes] 2017:900). Under the heading *Basis for good administration*, inserted to one of the introductory parts of the act, four sections can be found. These include provisions about legality, objectivity, and proportionality (§ 5), service (§ 6), availability (§ 7) and collaboration (§ 8).

The introduction of the expression good administration into the Administrative Procedure Act was motivated among others by the ongoing Europeanisation of administrative law.<sup>4</sup> At the same time, as will be highlighted below, the rules and principles included under the heading *Basis for good administration* do not fully correspond with the concept of good administration as it is understood in EU law and under the Council of Europe and the ECHR. This leads to the questions, how does the Swedish version of good administration relate to the European versions, and what do any differences mean in practice? This contribution will examine these questions. By doing so, the investigation aims at clarifying the legal situation in Sweden. However, it also aims at contributing to the general scholarly discussion about good administration and Europeanisation of national administrative law.<sup>5</sup>

The contribution begins with a brief account of good administration in European law. Whereas section 2 addresses good administration in

*tidskrift* 2018, 71 s.; Jane REICHEL, *Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag*, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018, 423 s.

<sup>4</sup> See prop. (Proposition – Government Bill) 2016/17:180 *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag (A Modern and Legally Secure Administration – A New Administrative Procedure Act)* 57 ss.

<sup>5</sup> In addition to the scholarly works already mentioned, good administration and Europeanisation of Swedish administrative law are discussed among others in the following publications: Jane REICHEL, *God förvaltning i EU och i Sverige*, Jure, Stockholm, 2006; Jane REICHEL, *The Pan-European General Principles of Good Administration in Sweden. Undeniable but Partial Vehicles of Change*, in: Ulrich STELKENS / Agn ANDRIJAUSKAIT (eds.), *Good Administration and the Council of Europe: Law, Principles, and Effectiveness*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 256 s.

the context of the Council of Europe and the ECHR, section 3 focuses on good administration under EU law. The presentation in sections 2 and 3 does not claim to be exhaustive or to advance the frontiers of the legal research. Instead, the intention is to highlight the main features of good administration in a European context. In section 4, the focus shifts to good administration in the Swedish Administrative Procedure Act. In this section, the rules and principles under the heading Basis for good administration in the Swedish Administrative Procedure Act are described. Finally, section 5 contains some concluding remarks regarding the Swedish and the European versions of good administration.

## 2. *Good Administration within the Council of Europe and the European Convention on Human Rights*

Although administrative law has not been the direct focus of the legal work within the Council of Europe, questions related to administrative law has, in many ways, been affected by the work of the Council. First, it should be noted that the fundamental rights recognised in the European Convention on Human Rights may be relevant also in relation to administrative matters. Second, the Council of Europe has adopted several resolutions and recommendations regarding administrative matters. Although these documents are not binding for Member States, they play an important role in relation to the public administration: They serve as a strong encouragement for Member States to ensure that fundamental principles are upheld within their respective legal systems.<sup>6</sup>

Regarding the European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights has pronounced that the Convention imposes certain requirements on administrative actions of the member states, especially when the actions risk violating the rights of individuals, such as the right to family under Article 8 or the right to property under Article 1 of Protocol 1. For example, in the case *K.A. v. Finland*, the Court stated that parents should, as a point of departure, have access to all investigations in a case concerning compulsory care, even without

<sup>6</sup> Jane REICHEL, *Europeiska principer för god förvaltning*, in: Lena MARCUSSON (ed.), *Offentlighetsrättsliga principer*, 5<sup>th</sup> ed., Iustus, Stockholm, 2025, 56.

having expressly requested it.<sup>7</sup> The right to property was raised in the *Beyeler* case, which concerned administrative requirements in relation to the sale of a van Gogh painting. Here, the Court stated that “where an issue in the general interest is at stake it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate manner and with utmost consistency”.<sup>8</sup>

In cases from later years, the Court has referred to a principle of good governance. In the case *Moskal v. Poland*, concerning a decision regarding early retirement pension, the Court stated that “the principle of ‘good governance’ requires public authorities to act in good time, in an appropriate manner and with utmost consistence”. Further, the Court pronounced that the “requisite ‘fair balance’ will not be struck where the person concerned bears an individual and excessive burden”.<sup>9</sup> In *Digrytė Klibavičienė v. Lithuania*, concerning the right to property, the Court referred to a principle of good governance and added: “In particular, it is incumbent on the public authorities to put in place internal procedures which enhance the transparency and clarity of their operations, minimise the risk of mistakes and foster legal certainty in civil transactions affecting property interests”.<sup>10</sup>

Hence, in the cases referred to above, the European Court of Human Rights refers to a principle of good governance rather than good administration. It may be discussed how these two expressions relate to each other. According to Stelkens and Adnrijauskaitė the “‘principle of good governance’ within the meaning of the case law of the ECtHR can be seen as a conceptual framework capable of encompassing principles of good administration which were formulated in older cases or in cases concerning other rights guaranteed by the ECHR, regardless of whether the ECtHR explicitly refers to ‘the principle of good governance’ in the respective judgments”.<sup>11</sup> In that sense, good governance may be seen as a wider concept than good administration.

<sup>7</sup> *K.A. v. Finland* (27751/95) judgment of 14 January 2003, para. 105.

<sup>8</sup> *Beyeler v. Italy* (33202/96) judgment of 5 January 2000, para. 120.

<sup>9</sup> *Moskal v. Poland* (10373/05) judgment of 15 September 2009, para. 51 s.

<sup>10</sup> *Digrytė Klibavičienė v. Lithuania* (34911/06) judgment of 21 October 2014, para. 33. The Court’s references to case law have been omitted here.

<sup>11</sup> Ulrich STELKENS / Agnė ANDRIJAUSKAITE, Sources of Pan-European General Principles of Good Administration, in: Ulrich STELKENS / Agnė ANDRIJAUSKAITE (eds.), *Good Administration and the Council of Europe: Law, Principles, and Effectiveness*, Oxford University Press, 2020, 19 s.

In addition to the requirements stemming from the Convention and the case law of the European Court of Human Rights, the Council of Europe has – as mentioned – adopted several resolutions and recommendations regarding administrative matters. In 1971, a working group was set up and entrusted with preparing a pilot study, which had as a main purpose to determine whether general rules concerning the protection of the individual with regard to administrative acts could be discerned in the different legal systems in Europe.<sup>12</sup> The efforts of the working group led to the resolution (77) 31 on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities adopted by the Council of Europe 1977. The resolution contains five fundamental principles of importance for administrative procedures: the right to be heard, the right of access to information, the right to assistance and representation in administrative procedures, the right to statements of reasons, and the right to indication of remedies. In the following years, the Council of Europe adopted further resolutions and recommendations as well as a number of conventions of more limited scope. One of the documents adopted is the recommendation (2007)7 on good administration. This recommendation, largely based on previously adopted documents, is designed as a model law on good administration. The model law contains 23 articles divided into three sections. The first section contains principles of good administration. This section includes the principles of lawfulness, of equality, of impartiality, of proportionality, of legal certainty, of taking action within a reasonable time limit, of participation, of respect for privacy, and of transparency. The second section concerns rules governing administrative decisions. This section includes rules on initiation of administrative decisions, requests from private persons, right of private persons to be heard with regard to individual decisions, right of private persons to be involved in certain non-regulatory decisions, contributions of private persons to costs for administrative decisions, publication of administrative decisions, entry into force of administrative decisions, execution of administrative decisions, and changes to individual administrative decisions. The third section, with the heading Appeals, includes rules regarding appeals against administrative decisions and compensa-

<sup>12</sup> See explanatory memorandum, Resolution (77) 31 Protection of the Individual in relation to the acts of administrative authorities adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 28 September 1977 at the 275th meeting of the Ministers' Deputies.

tion. The principles contained in the Council of Europe resolutions and recommendations have been summarised in the handbook *The administration and you*, which was published in its third edition in 2024.<sup>13</sup>

### 3. *Good Administration in EU Law*

With no doubt, the principle of good administration is the most central administrative law principle within the European Union.<sup>14</sup> As mentioned at the outset, the principle is now codified in Article 41 of the EU Charter of Fundamental Rights, as a right to good administration.

The article contains four paragraphs, but it is generally the first two that are referred to when discussing the EU law principle of good administration.<sup>15</sup> The first paragraph contains what is sometimes described as the principle of good administration in a narrow sense or as a duty to care. This paragraph states that every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union. Hence, the first paragraph sets out general guidelines on how EU institutions should act in relation to individuals when dealing with cases. It encompasses several fundamental administrative law rules, such as disqualification, duty of investigation, legal certainty, predictability and efficiency in the handling of cases. According to the case-law of the Court of Justice of the European Union, the duty of care imposes an obligation on the EU institutions to take account of circumstances in favour of the individual, especially in cases where the institution has been granted a wide margin of discretion.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Council of Europe Handbook, *The Administration and you – Principles of administrative law concerning the relations between administrative authorities and private persons*, 3<sup>rd</sup> ed., 2024.

<sup>14</sup> See Herwig C.H. HOFMANN, General principles of EU law and EU administrative law, in: Catherine BARNARD / Steve PEERS (eds.), *European Union Law*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2023, 212 s.

<sup>15</sup> See Jane REICHEL, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018, 428.

<sup>16</sup> See for example T-24/90 *Automec Srl v. Commission of the European Communities*, EU:C:1991:438, para. 79, and C-226/03 P *José Martí Peix SA v. Commission of the European Communities*, EU:C:2004:768, para. 29.

The second paragraph of Article 41 contains a – non-exhaustive – list of more specified rules about how the overarching principle of good administration shall be implemented. According to this paragraph, the right to good administration includes the right of every person to be heard before any individual measure which would affect him or her adversely is taken; the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy; and the obligation of the administration to give reasons for its decisions.

According to the wording of the provision, the right to good administration applies only in relation to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union. However, the Court of Justice of the European Union has held that the right to good administration under Article 41 of the Charter reflects a general principle of European Union law and that it follows that, when a Member State implements European Union law, the requirements arising from the right to good administration apply to the procedure before the national authority.<sup>17</sup> Hence, each member state must follow the rights and principles of good administration as developed by the Court of Justice of the European Union around article 41 of the Charter.

#### 4. *Good Administration in the Swedish Administrative Procedure*

##### 4.1. *The 2017 Swedish Administrative Procedure Act*

As mentioned at the outset, the expression “Good administration” is now enshrined in Swedish legislation, through a special section in the 2017 Administrative Procedure Act entitled Basis for Good Administration. The 2017 Administrative Procedure Act that entered into force in 2018, is the third codification of the general administrative procedure in Sweden. The first came in 1971 and the second, slightly reformed, Administrative Procedure Act came in 1986.<sup>18</sup>

The 2017 Administrative Procedure Act was introduced after a robust – but somewhat elongated – legislative process. In 2008, the Gov-

<sup>17</sup> See C-604/12 H.N. *v. Minister for Justice, Equality and Law Reform and Others*, EU:C:2014:302, para. 49 s.

<sup>18</sup> See SFS 1971:290 and SFS 1986:223.

ernment appointed a public inquiry to carry out a complete review of the provisions of the 1986 Administrative Procedure Act and to submit proposals for a new act of law. According to the Government, a starting point for the public inquiry would be to make the rules of the Administrative Procedure Act as pedagogical and easily accessible as possible, and to adapt them to an increasingly developed electronic administration. Furthermore, the investigator should make an analysis of how the Swedish administrative procedure act could be placed in an international context – where both the European Convention on Human Rights and the law of the European Union were especially mentioned. In addition, the inquiry should address the questions whether measures could be taken to address the excessive processing times by the authorities, whether the provisions regarding reconsideration and appeal could be improved to create a more legal and efficient system, and whether the general legal principles applicable to the administrative procedure could be regulated in the Administrative Procedure Act. Regarding the EU law, the Government particularly mentioned the right to good administration regulated in what was then the draft Charter of Fundamental Rights (Article 41).<sup>19</sup>

The public inquiry presented its report in 2010 (SOU [Statens offentliga utredningar – Swedish Government Official Reports Series] 2010:29). One of the novelties that was suggested was that the basis for a good administration should be enshrined in the introductory part of the Administrative Procedure Act. It was suggested that the principles of good administration should apply not only to the handling of administrative matters, but also to other administrative activities. Another novelty that was suggested was the introduction of a new legal remedy aiming at preventing administrative silence, a sort of delay action.<sup>20</sup>

The report of the public inquiry was sent out by the Government to relevant public agencies, organisations and municipalities to hear their opinions on the proposals (a so-called referral of a report for consideration). Overall, the response was positive. Yet, after the referral procedure, it lasted until 2017 before the Government took the next step in

<sup>19</sup> See dir. (direktiv – Directives) 2008:36 En ny förvaltningslag (A New Administrative Procedure Law).

<sup>20</sup> For a summary in English of the public inquiry, see Hans RAGNEMALM, *Towards an EU Administrative Procedure Act – The Swedish Experience*, a note published by the Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs in 2012. Hans Ragnemalm was the special inquiry officer appointed by the Government.

the legislative process, when it requested a statement of opinion from the Council on Legislation. The Council on Legislation had several comments on the proposal, but they were mainly of a technical nature. After receiving the opinion of the Council on Legislation, the Government presented a bill, which was submitted to the Parliament (the *Riksdag*).<sup>21</sup> The Parliament adopted the proposal almost unanimously. The new Administrative Procedure Act entered into force on 1 July 2018.<sup>22</sup>

Like its predecessors of 1971 and 1986, the 2017 Administrative Procedure Act applies to the processing of matters by administrative authorities and the processing of administrative matters in court. However, certain aspects of the activities in the local and regional authorities and law enforcement activities in certain law enforcement authorities are exempted from the scope of application of the Administrative Procedure Act. Furthermore, it should be noted that the provisions of the Administrative Procedure Act are subsidiary to differing provisions in other acts and in ordinances. This means that if another act or an ordinance contains a provision that differs from the Administrative Procedure Act, that provision is applied.<sup>23</sup>

#### *4.2. Basis for Good Administration in the 2017 Administrative Procedure Act*

Hence, as has been mentioned above, the expression good administration has now been introduced into the Swedish Administrative Procedure Act. Under the heading Basis for good administration, we find four sections with the following subheadings : Legality, objectivity and proportionality (section 5), Service (section 6), Availability (section 7), and Collaboration (section 8).

As can be seen, the rules belong to two rather different categories – on the one hand, rule of law principles regarding legality, objectivity, and

<sup>21</sup> Prop. (Proposition – Government bill) 2016/17:180 180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag (A Modern and Legally Secure Administration – a New Administrative Procedure Act).

<sup>22</sup> SFS 2017:900 Förvaltningslag (Administrative Procedure Act); prop. (Proposition – Government Bill) 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag (A Modern and Legally Secure Administration – A New Administrative Procedure Act); bet. (betänkande – committee report) 2017/18:KU2; rskr. (skrivelse – Written communication from the Riksdag) 2017/18:2.

<sup>23</sup> Section 4 of the Administrative Procedure Act.

proportionality, and, on the other hand, more service-oriented rules that set requirements for how authorities should interact with individuals. Neither the governmental bill nor the public enquiry does say anything of why exactly these rules and principles are included under the heading.<sup>24</sup> What is meant by the principles of good administration in Swedish law can instead be understood based on the four overarching legal concepts that have been included under the heading.<sup>25</sup>

Regarding the applicability it may be noted that the provisions on good administration in the Administrative Procedure Act shall, as suggested by the public inquiry, be applied to both the handling of matters and purely administrative activities.<sup>26</sup> That is, these provisions have a wider scope of application than the Administrative Procedure Act in general.<sup>27</sup> This is entirely in line with EU law, as the requirements of EU law on national administrative authorities apply regardless of whether the measures relate to a case or not.<sup>28</sup> At the same time, however, the provisions on good administration in sections 5–8 are, in the same way as all provisions in the Administrative Procedure Act, subsidiary to differing provisions in other acts of law or in ordinances.<sup>29</sup> This means that both Parliament (*Riksdag*) and Government may prescribe that the provisions on good administration should not be applied in certain kinds of cases. However, as will be discussed further below, the rule of law principles about legality and objectivity are enshrined in the constitution (*Regeringsformen*). For that reason, a deviating provision that states that the provisions regarding legality and objectivity should not be applied would have no effect; it could even be considered unconstitutional. Furthermore, as has been noted in the literature, it would probably be perceived as politically difficult to introduce a provision stipulating that

<sup>24</sup> See Jane REICHEL, *Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag*, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018, 425. See also SOU (Statens offentliga utredningar – Swedish Government Official Reports Series) 2010:29 *En ny förvaltningslag (A New Administrative Procedure Act)* and prop. (Proposition – Government Bill) 2016/17:180 *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag (A Modern and Legally Secure Administration – A New Administrative Procedure Act)*.

<sup>25</sup> Jane REICHEL, *Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag*, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018, 425.

<sup>26</sup> Section 1 paragraph 2 of the Administrative Procedure Act.

<sup>27</sup> Section 1 paragraph 1 of the Administrative Procedure Act.

<sup>28</sup> Jane REICHEL / Henrik WENANDER, *Europeisk förvaltningsrätt i Sverige*, 2<sup>nd</sup> ed., Norstedts juridik, Stockholm, 2025, 118.

<sup>29</sup> Section 4 of the Administrative Procedure Act.

for example the principle of proportionality should not be followed in a certain type of case.<sup>30</sup>

#### 4.3. Legality, objectivity and proportionality

Section 5 – the first under the heading Basis for good administration – contains the principles of legality, objectivity and proportionality:

##### Section 5

An authority may only take measures that have a basis in the legal order. In its activities the authority shall be objective and impartial.

The authority may only intervene in a private interest if the measure can be assumed to lead to the intended result. The measure must never be more far-reaching than needed and may only be taken if the intended result is in reasonable proportion to the inconvenience that can be assumed to arise for the private person the measure is aimed at.

Both the principles of legality and the principle of objectivity have, for a long time, been established in Swedish public law, and both principles are enshrined in the Instrument of Government.<sup>31</sup> The principle of proportionality has for a long time been a part of Swedish law as well, but has gained a more prominent place through EU law and the European Convention on Human Rights.<sup>32</sup>

Thus, especially the principles of legality and objectivity have a clear foundation in the constitution. One might then ask why the principles should be reiterated in the Administrative Procedure Act, and, furthermore, with slightly different wordings. Here one might, on the one hand, refer to Fritz Werner, the former president of the German *Bundesverwaltungsgericht*, who in an often-quoted statement pointed out “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”.<sup>33</sup> On the other hand, it

<sup>30</sup> See Henrik WENANDER, Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningslig tidskrift* 2018, 456.

<sup>31</sup> See Chapter 1 Section 1 Paragraph 3 and Chapter 1 Section 9 of the Instrument of Government.

<sup>32</sup> See Henrik WENANDER, Europeanisation of the Proportionality Principle in Denmark, Finland and Sweden, *Review of European Administrative Law* 2020, 133 s.

<sup>33</sup> Fritz WERNER, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, *Mensch und Verwaltung*, 1963, 83 s.

could be questioned why constitutional principles should also be mentioned in an ordinary act of law, since they already apply as *lex superior*.

The reason why the principles of legality, objectivity and proportionality were incorporated into the 2017 Administrative Procedure Act appears to originate in the directives to the legislative inquiry. The Government states that one of the purposes of reviewing the provisions of the Administrative Procedure Act was to investigate whether the general legal principles applied to administrative procedures could be regulated in a new Administrative Procedure Act. According to the Government, it was unsatisfactory from a citizen's point of view that important rules and principles for the administrative authorities' handling of matters were not expressed in the Administrative Procedure Act.<sup>34</sup> In the Government bill, the Government states that the reason for incorporating the principles about legality, objectivity, and proportionality in the Administrative Procedure Act was to give clear instructions to the administrative authorities. The Government noted that the public inquiry's review of practice had given a clear indication that authorities did not always sufficiently ascertain whether they had legal authority for their actions.<sup>35</sup>

The three principles of legality, objectivity and proportionality have become increasingly important in the practice of the Supreme Administrative Court. On several occasions, they have formed the basis for the review of individual decisions.<sup>36</sup> As has been pointed out in the literature, the principles can thus be said to have an individualised aspect, which can serve as a tool for individuals in the review of decisions by authorities.<sup>37</sup> However, the Government bill emphasises the principles' function as instructions to the authorities. By expressly establishing the authorities' public law obligations in the Administrative Procedure Act,

<sup>34</sup> Dir. (direktiv – Directives) 2008:36 in SOU (Statens offentliga utredningar – Swedish Government Official Reports Series) 2010:29 En ny förvaltningslag (A New Administrative Procedure Act) 717 s. and 725.

<sup>35</sup> Prop. 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag (A Modern and Legally Secure Administration – A New Administrative Procedure Act) 57 s. See also Hans RAGNEMALM, *Towards an EU Administrative Procedure Act – The Swedish Experience*, a note published by the Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs in 2012.

<sup>36</sup> See among others HFD (Högsta förvaltningsdomstolens årsbok – Yearbook of the Supreme Administrative Court) 2013 ref. 3, 2015 ref. 7, 2015 ref. 51, and 2016 ref. 44.

<sup>37</sup> See Jane REICHEL, *Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag*, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018, 426.

the Government's intention was to make them more concrete for the administrative authorities.<sup>38</sup>

#### *4.4. Service, availability, and collaboration*

##### Service

##### Section 6

An authority shall ensure that contacts with private persons are smooth and simple.

The authority shall give private persons the assistance they need to look after their interests. The assistance shall be given to the extent that is deemed appropriate with regard to the nature of the question, the private person's need of assistance and the activities of the authority. It shall be given without unnecessary delay.

##### Availability

##### Section 7

An authority shall be available for contacts with private persons and inform the public about how and when they can make these contacts.

The authority shall take the measures regarding availability that are needed to enable it to fulfil its obligations to the public under Chapter 2 of the Freedom of the Press Act about the right to access official documents.

##### Collaboration

##### Section 8

An authority shall collaborate in its area of activities with other authorities. An authority shall assist private persons to a reasonable extent by itself obtaining information or opinions from other authorities.

The principles that have been included in the sections 6–8 have a rather different character than the principles enshrined in section 5. The principles enshrined in sections 6–8 – service, availability, and collaboration – aim at supporting individuals in practical situations regarding service, availability, and collaboration. They clearly function as standards

<sup>38</sup> Prop. 2016/17:180 En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag (A Modern and Legally Secure Administration – A New Administrative Procedure Act) 58.

for the authorities.<sup>39</sup> The purpose of these rules is to clarify that the administration should be there for the public, citizens and other individuals who turn to the authorities. In the bill, the Government emphasises that the rules are primarily objectives that are rarely invoked in court practice, but are relevant to the work of the Parliamentary Ombudsman. The Government believes that by explicitly stating the rules in the law, they can serve “as an important and valuable yardstick in assessing the willingness and ability of the authorities to maintain a good standard of administration”.<sup>40</sup> The rules on service, accessibility and cooperation were included also in the previous Administrative Procedure Act of 1986, but have now been formulated more clearly.<sup>41</sup>

##### *5. Concluding remarks: Good administration in the Swedish Administrative Procedure Act in relation to the European principles*

So, how does the Swedish version of good administration relate to the European versions, and what do any differences mean in practice and when it comes to legal security for the individual?

As already mentioned, the rules and principles about good administration in the Administrative Procedure Act do not fully correspond with the European versions of good administration, neither the one developed within the Council of Europe nor the one codified in Article 41 of the EU Charter of Fundamental Rights. On the one hand, good administration under the Swedish Administrative Procedure Act includes principles that are not categorised under good administration in the European versions, especially the right to good administration under Article 41 of the Charter. This is the case especially with the rule of law related principle of legality. Whereas the principle of legality is crucial for the European legal order, it is not counted on as belonging to good administration under Article 41 of the Charter.

On the other hand, good administration in the European versions in-

<sup>39</sup> See Jane REICHEL, *Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag*, *Förvaltningsrättslig tidskrift* 2018, 427.

<sup>40</sup> Prop. 2016/17:180 *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag* (A Modern and Legally Secure Administration – A New Administrative Procedure Act) 65.

<sup>41</sup> Prop. 2016/17:180 *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag* (A Modern and Legally Secure Administration – A New Administrative Procedure Act) 65.

clude rules and principles that are not included under the heading Basis for good administration in the Swedish 2017 Administrative Procedure Act. This is the case with the right to be heard, the right to have access to files, the duty of care, and the obligation of the administration to give reason. Yet, this does not mean that these rights and obligations are not part of or guaranteed in the Swedish Administrative Procedure Act. However, they are regulated in other parts of the Act than the part that formally belong to the basis for a good administration.

The right to be heard is reflected in the provision regarding communication in section 25 of the Swedish Administrative Procedure Act. This section stipulates that as a main rule, an authority shall, before it takes a decision in a matter, notify the private person who is the party of all the material of importance for its decision and give the party the opportunity to state an opinion on the material within a set period. The right to have access to files is regulated in section 10 of the Administrative Procedure Act. The duty of care included in the right to good administration under Article 41 of the EU Charter of Fundamental Rights can be said to correspond to the responsibility for investigation codified in Section 23 of the Administrative Procedure Act, under which an authority shall ensure that a matter is investigated to the extent required by its nature. Further, the obligation to give reason is regulated in section 32 of the Act. This section stipulates that, as a main rule, a decision that can be expected to affect someone's situation in a not insignificant way shall contain a clarifying statement of reasons if this is not obviously unnecessary.

Thus, as has been shown above, it may be said that the expression good administration means partly different things in the Swedish Administrative Procedure Act than in the European legal order. However, in practice, taken as a whole, it can be said that Swedish general administrative law contains legal safeguards that correspond to the European versions of good administration. It is only that some of the legal safeguards, such as the right to be heard, the right to have access to files, the duty of care, and the obligation of the administration to give reason, are not as such categorised as principles about good administration. As is often the case with comparative endeavours, one must take enough steps back for the picture to be accurate. Every comparison must look at the content, function and context rather than the form or terminology.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> See for example John S. BELL, *Comparative Administrative Law*, in: Mathias REI-

Even if the principles on good administration in the Swedish Administrative Procedure Act are not a direct import from the European legal order, it cannot be ruled out that the European legal order has had or will have repercussions on good administration in Sweden. In the literature, it has been pointed out that the provisions regarding good administration in the Swedish Administrative Procedure Act may well be affected by the European view of good administration as rights that can be enforced in court.<sup>43</sup>

Regarding the legal security for the individual, it may well be positive that the Swedish Administrative Procedure Act explicitly points out some principles that belong to the foundations for good administration. However, for the individual, it may also be perceived as a bit confusing that the notion good administration in the Swedish Administrative Procedure Act does not fully mean the same thing as the notion of good administration in the European legal order. For the individual – and for the administrative authorities that have the task to apply the law – it would probably have been more logical and predictable if the notion of good administration meant the same thing in the Swedish Administrative Procedure Act and in the European legal order.

However, good administration within the Council of Europe and under EU law is a concept that is constantly evolving. Whatever the form of national legislation is, it needs to be interpreted in the light of the requirements stemming from the European legal order. For that reason, it may not be decisive how the different principles and provisions are categorised or labelled in national legislation. What is more important is that the legislator, the administration and the courts at national level keep abreast of the developments in European law. That is indeed a challenge – a challenge that highlights the need for comparative and European perspectives on the national legal order.

MANN / Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, 1250 s.

<sup>43</sup> Jane REICHEL / Henrik WENANDER, *Europeisk förvaltningsrätt i Sverige*, 2<sup>nd</sup> ed., Norstedts juridik, 2025, 118.

„DIE MUTTER ALLER VERFAHRENSGESETZE“

“THE MOTHER OF ALL PROCEDURAL LAWS”

« LA MÈRE DE TOUTES LES LOIS DE PROCÉDURE »



## MUTTER ALLER VERFAHRENSGESETZE: DAS AVG AUS ÖSTERREICHISCHER SICHT\*

Magdalena Pöschl\*\*

Das Leben wird rückwärts verstanden, doch gelebt werden muss es vorwärts, sagt der Philosoph Søren KIERKEGAARD.<sup>1</sup> Wäre er ein Jurist gewesen, hätte er dasselbe vielleicht auch vom AVG gesagt, das 1925 in Österreich erlassen wurde<sup>2</sup> und dessen hundertsten Geburtstag wir 2025 feiern. Die Herausgeber dieses Tagungsbandes sehen im AVG die „Mutter aller Verfahrensgesetze“, also eine Art Archetyp, der Verfahrensgesetze in anderen Staaten inspiriert hat.<sup>3</sup> Wie sich das AVG in Europa fortgepflanzt hat, führt Lukáš POTĚŠIL in diesem Band aus.<sup>4</sup> Der vorliegende Beitrag blickt zurück und geht der Frage nach, wer die geistigen Vorfahren des AVG sind (I.) und was dieses Gesetz so besonders macht (II.). Seine Entstehungsgeschichte ist verwickelt und kommt nur langsam vorwärts, doch im Rückblick ergibt alles – wie das Leben bei KIERKEGAARD – einen schönen Sinn.

\* Sebastian Schmid hat mir für diesen Beitrag großzügigerweise wertvolles Material überlassen; Markus Edtmayer und Daniel Priewasser haben mich bei allen weiteren Recherchen für diesen Beitrag unterstützt; Sophia Danzer, Caroline Gruber und Alexander Mantsch haben mir bei der Erstellung des Fußnotenapparates tatkräftig geholfen: Ihnen allen mein bester Dank!

\*\* Univ.-Prof. Dr. Magdalena PÖSCHL, Universitätsprofessorin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien.

<sup>1</sup> Søren KIERKEGAARD, *Die Tagebücher 1834-1855*, Auswahl und Übertragung von Theodor Haecker, 2. Aufl., 1941, 162.

<sup>2</sup> Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz – AVG, BGBl. Nr. 274/1925.

<sup>3</sup> Zwar gab es vor dem AVG schon andere allgemeine Verfahrensgesetze in Liechtenstein 1922 und in Spanien 1889 (Emanuel SCHÄDLER, *The Austrian Model and the Codification of Administrative Procedure in Liechtenstein*, sowie Javier BARNES, *The Spanish Model of Administrative Procedure [APA 1889/APA 1958]*, beide in: DELLA CANANEA / FERRARI ZUMBINI / PFERSMANN [Hrsg.], *The Austrian Codification of Administrative Procedure*, 2023, 57 sowie 164); die Strahlkraft dieser Verfahrensordnungen kam aber nicht an jene des AVG heran. Zum Charakter des AVG als Archetyp eingehend Angela FERRARI ZUMBINI, *The Austrian AVG. An Underestimated Archetype with Deep Roots and External Factors*, in: DELLA CANANEA / FERRARI ZUMBINI / PFERSMANN (Hrsg.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure*, 2023, 195; DIESELBE, *Das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2025, 105 ff.

<sup>4</sup> Lukáš POTĚŠIL, *Das österreichische AVG im europäischen Kontext*, in diesem Band; s. ferner die Beiträge in: Giacinto DELLA CANANEA / Angela FERRARI ZUMBINI / Otto PFERSMANN (Hrsg.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure*, 2023, sowie die Beiträge in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2026, Band 80, Heft 3, 469 ff.

## 1. *Der lange Weg zum AVG*

### 1.1. *Ein Gesetzgeber, der so tut, als gäbe es bereits ein Verfahrensgesetz*

Heute mag man sich wundern, dass das kleine Österreich 1925 ein so beachtliches Gesetz wie das AVG hervorgebracht hat; doch der österreichische Gesetzgeber hatte für Verfahrensordnungen schon in der Monarchie eine gute Hand: Er hatte 1873 die bemerkenswert fortschrittliche, dem Anklagegrundsatz verpflichtete Strafprozessordnung erlassen,<sup>5</sup> und 1895 die sehr moderne Zivilprozessordnung,<sup>6</sup> die weltweit Beachtung fand.<sup>7</sup> Ein Verfahren für die Verwaltung zu entwickeln, war indes ungleich schwieriger, aus zumindest drei Gründen. Zunächst wurde die Verwaltung bekanntlich bis ins 19. Jahrhundert als politische Tätigkeit verstanden, die sich frei von gesetzlichen Bindungen entfalten sollte.<sup>8</sup> Zwar machte ihr der Gesetzgeber allmählich inhaltliche Vorgaben; Verfahrensregeln gab es aber kaum, und wenn doch, dann primär, um sicherzustellen, dass die Verwaltung ihre Ziele rasch und kostengünstig durchsetzt. Diese Verfahrensregeln deponierte man dann entweder

<sup>5</sup> Gesetz vom 23. Mai 1873, betreffend die Einführung einer Strafproceß-Ordnung, RGBl. Nr. 119/1873.

<sup>6</sup> Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprocessordnung), RGBl. Nr. 113/1895.

<sup>7</sup> Wolfgang JELINEK, Einflüsse des österreichischen Zivilprozeßrechts auf andere Rechtsordnungen, in: HABSCHIED (Hrsg.), *Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, 1991, 41 (42, 44 f., 56, 58 ff., 73); Peter GOTTWALD, Die österreichische Zivilprozeßordnung aus deutscher Sicht, in: MAYR (Hrsg.), *100 Jahre österreichische Zivilprozeßgesetze*, 1998, 179 (181 ff.); Bernhard SCHÖNIGER-HEKELE, *Die österreichische Zivilprozeßreform 1895. Wirkung im Inland bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges 1914. Ausstrahlung ins Ausland*, 2000, 123; Walter RECHBERGER, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, in: *Ritsumekan Law Review*, No. 25, 2008, 101 (insb. 104 ff.); Nicola PICARDI, Die Prozess- und Sozialreform von Franz Klein, in: MARINO / BAJONS / BÖHM (Hrsg.), *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, 2015, 345 (376).

<sup>8</sup> Kritisch dazu z.B. der Abgeordnete Ignaz PLENER, stenographische Protokolle des Abgeordnetenhauses, VIII. Session, 133. Sitzung am 18. März 1875, 4677: „Wir besitzen in Oesterreich keine Vorschriften, keine Normen für das administrative Verfahren. Das administrative Verfahren unserer Behörden ist vollständig regellos, der reinen Willkür der Behörden überlassen“. Rund 20 Jahre später konstatiert Friedrich TEZNER, *Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens*, 1896, III, noch immer, dass die „hervorragendsten deutschen Staatsrechtslehrer“ die Verwaltung als eine „freie, von Rücksichten der Zweckmäßigkeit bestimmte Thätigkeit“ ansehen, „die die Ausbildung eines eigentlichen Prozeßrechts nicht gestatte“.

direkt im Materiengesetz<sup>9</sup> oder in Amtsinstruktionen, die die Oberbehörden den nachgeordneten Behörden erteilten.<sup>10</sup> Sie zu einheitlichen Regeln auszubauen und zusammenzuführen, schien jedoch abwegig. Dafür seien die Aufgaben der Verwaltung zu vielfältig, zumal in einem so ausgeprägten Verwaltungsstaat wie Österreich.<sup>11</sup> Zudem gab es in der Monarchie neben der staatlichen Verwaltung autonome Verwaltungen in den Königreichen und Ländern, hinter denen wiederum rivalisierende Nationalitäten standen: Dass deren Parlamente sich auf ein einheitliches Verwaltungsverfahren einigen könnten, war völlig illusorisch.<sup>12</sup> Ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz stand damit vor einer dreifach abgesicherten Mauer: der Skepsis gegen die Verrechtlichung der Verwaltung, der Vielfalt der Verwaltung und der Pluralität der Gesetzgeber.

Einen ersten Riss erhielt diese Mauer durch die Dezemberverfas-

<sup>9</sup> So z.B. § 24 Abs. 2, § 25, §§ 28-32, § 42, § 51, §§ 68-71, § 77 Forstgesetz, RGBl. Nr. 250/1852; §§ 220-234 Berggesetz, RGBl. Nr. 146/1854; §§ 34-39, § 144, §§ 146-152 Gewerbe-Ordnung, RGBl. Nr. 227/1859; §§ 4-12, §§ 75 f., § 89 Bauordnung für Wien, Landes-Gesetz- und Verordnungsblatt für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns Nr. 24/1868; § 68, §§ 74-94 Gesetz vom 28. August 1870, über Benützung, Leitung und Abwehr der Gewässer, Landes-Gesetz- und Verordnungsblatt für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns Nr. 56/1870; s. auch Markus VAŠEK, Das Verwaltungsverfahren vor Inkrafttreten des AVG, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2026, 469 (473 f.).

<sup>10</sup> §§ 8 ff., §§ 14 ff. Kaiserliche Verordnung vom 20. April 1854, wodurch eine Vorschrift für die Vollstreckung der Verfügungen und Erkenntnisse der landesfürstlichen politischen und polizeilichen Behörden erlassen wird, RGBl. Nr. 96/1854 (sog. Prügelpatent); §§ 77 ff. Verordnung der Minister des Innern und der Justiz vom 17. März 1855, womit die Amtsinstruktion für die rein politischen und für die gemischten Bezirks- und Stuhlrichterämter erlassen wird, RGBl. Nr. 52/1855; Verordnung des Ministeriums des Innern vom 27. October 1859, mit welcher einige Bestimmungen über die Vereinfachung und Beschleunigung des Geschäftsganges der politischen Behörden kundgemacht werden, RGBl. Nr. 196/1859; Verordnung des Ministers des Innern vom 30. August 1868, betreffend die Behandlung der Recurse in Angelegenheiten der politischen Verwaltung, RGBl. Nr. 124/1868; s. auch VAŠEK (Fn. 9), 474 ff.

<sup>11</sup> Dass die Vielfalt der Verwaltung ein einheitliches Verfahren erschwere, wenn nicht gar verunmögliche, wurde noch lange angenommen, z.B. Friedrich TEZNER, Das Administrativverfahren und seine Reform, in: *Zeitschrift für Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung* 1900, 453 (462 f.); Adolf MENZEL, Verwaltungsverfahren, in: MISCHLER / ULBRICH (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch, Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes, Band 4, 2. Aufl. 1909, 784 (785).

<sup>12</sup> Die Schwierigkeit, die verschiedenen Parlamente auf eine Linie zu bringen, stand einer Vereinheitlichung des Verfahrens noch lange entgegen, s. nur die Erwägungen von TEZNER (Fn. 11), 463 f., zur Überwindung dieser Probleme.

sung 1867.<sup>13</sup> Sie versprach den Menschen einen Verwaltungsgerichtshof, an den sich jeder wenden könne, der durch die Verwaltung in seinen Rechten verletzt zu sein glaubt.<sup>14</sup> Dieses Versprechen löste die Regierung erst mehrere Jahre später und dann sehr verwaltungsfreundlich ein:<sup>15</sup> Sie wollte nicht, wie in Preußen, in die Verwaltung Gerichte integrieren, die administrieren. In Österreich solle es bloß einen Verwaltungsgerichtshof geben, der außerhalb der Verwaltung steht und diese nur rechtlich kontrolliert. Der VwGH habe bloß zu prüfen, ob die Verwaltung die Gesetze korrekt anwendet, schon aus Kapazitätsgründen hingegen nicht, ob sie den Sachverhalt richtig festgestellt hat. Aus Respekt vor dem Eigenstand der Verwaltung sollte der VwGH auch nicht kontrollieren, ob die Verwaltung ihr Ermessen zweckmäßig ausgeübt hat. Erweise sich eine behördliche Entscheidung nach diesem eng gesteckten Maßstab als rechtswidrig, dürfe sie der VwGH dementsprechend auch nicht selbst ändern, sondern nur kassieren, mit der Folge, dass die Verwaltung eine neue Entscheidung zu erlassen hat.

Dieses Konzept der Verwaltungsgerichtsbarkeit hatte, wie die Regierung selbst einräumte, eine offene Flanke: Da der VwGH den Sachverhalt nicht selbst ermitteln und feststellen solle, sei entscheidend, dass die Verwaltung dies ordnungsgemäß tut. Das erfordere genaue Vorschriften über das Verwaltungsverfahren, insbesondere über das Beweisverfahren,<sup>16</sup> die es in Österreich aber aus den erwähnten Gründen nicht gab.

Die zuständige Kommission im Herrenhaus nahm die Vorschläge der

<sup>13</sup> Die Dezemberverfassung bestand aus insgesamt sechs Gesetzen, die jeweils am 21. Dezember 1867 erlassen und in RGBl. Nr. 141-146/1867 kundgemacht wurden: Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 26. Februar 1861 abgeändert wird; Staatsgrundgesetz (StGG), über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder; StGG über die Einsetzung eines Reichsgerichtes; StGG über die richterliche Gewalt; StGG über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt; Gesetz betreffend die allen Ländern der österreichischen Monarchie gemeinsamen Angelegenheiten und die Art ihrer Behandlung.

<sup>14</sup> Art. 15 Abs. 2 StGG über die richterliche Gewalt.

<sup>15</sup> Zum Folgenden Karl LEMAYER, *Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 1895, 353 (397 f.); Clemens JABLONER, *Die „Garantien der Verwaltung“ und ihre Entwicklung*, in: ÖSTERREICHISCHE PARLAMENTARISCHE GESELLSCHAFT (Hrsg.), *Festschrift 75 Jahre Bundesverfassung*, 1995, 531 (534); Thomas OLECHOWSKI, *Der österreichische Verwaltungsgerichtshof*, 2001, 24 f.

<sup>16</sup> Motivenbericht 148 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, VII. Session, 826.

Regierung dennoch wohlwollend auf; sie stimmte insbesondere zu, dass der VwGH den entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht selbst ermitteln oder berichtigen solle. Nur um die „maßgebenden Gedanken“ der Regierung in ein „volleres Licht zu setzen“, schlug die Kommission beiläufig eine kleine Ergänzung vor: Der VwGH solle Entscheidungen auch dann aufheben dürfen, wenn eine Verwaltungsbehörde „die wesentlichen Formen des Administrativ-Verfahrens außer Acht gelassen“ hat.<sup>17</sup> Die wesentlichen Formen des Administrativverfahrens fehlten in Österreich aber gerade. Sie ex lege zum Prüfungsmaßstab des VwGH zu erklären, war kühn. Im weiteren Verlauf der Diskussion betonten denn auch einzelne Abgeordnete, dass man ein Verwaltungsverfahren benötige, *bevor* der VwGH seine Arbeit aufnimmt.<sup>18</sup> Doch das würde, wie die Regierung einwandte, viele Jahre dauern; so lange könne man die Bevölkerung doch nicht auf den VwGH warten lassen.<sup>19</sup> Deshalb wurde der VwGH schließlich 1875 per Gesetz eingerichtet<sup>20</sup> und in dessen § 6 tatsächlich ermächtigt, behördliche Entscheidungen aufzuheben, wenn „wesentliche Formen des Administrativverfahrens außer Acht gelassen worden sind“. Damit war der erste Schritt auf dem langen Weg zum AVG gesetzt – von einem Gesetzgeber, der so tat, als gäbe es schon ein Verfahrensgesetz für die Verwaltung.

### *1.2. Ein Ministerialbeamter, der mit dem Kopf des VwGH denkt*

Die Regierungsvorlage, die noch nüchtern konstatiert hatte, dass dieses Verfahrensgesetz fehlt, stammt aus der Feder eines Ministerialsekretärs im Unterrichtsministerium: Karl LEMAYER, ein glänzender Jurist, ein liberaler Geist und ein glühender Verfechter der Verwaltungsgerichtbarkeit. Eben deshalb war er schon für die Formulierung des Gesetzes über den VwGH beigezogen worden.<sup>21</sup> Nach getaner Arbeit kehrte LEMAYER

<sup>17</sup> Bericht der Commission des Herrenhauses, 197 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, VII. Session, 1089, 1094 (§ 6).

<sup>18</sup> So insb. der Abgeordnete Ignaz PLENER, stenographische Protokolle des Abgeordnetenhauses, VIII. Session, 133. Sitzung am 18. März 1875, 4677 f.

<sup>19</sup> Rede des Ministers Joseph UNGER, stenographische Protokolle des Abgeordnetenhauses, VIII. Session, 133. Sitzung am 18. März 1875, 4683.

<sup>20</sup> Gesetz vom 22. October 1875, betreffend die Errichtung des Verwaltungsgeschichtshofes, RGBl. Nr. 36/1876.

<sup>21</sup> Karl LEMAYER, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (Verwaltungsgerichtsbarkeit), im Zusammenhange der Wandlungen der Staatsauffassung be-

in das Unterrichtsministerium zurück und griff erneut zur Feder. Diesmal entwarf er einen Erlass, der sein Ressort auf den gerade eingerichteten VwGH einschwören sollte.<sup>22</sup> Die Unterrichtsbehörden mögen ab nun, so fordert der Erlass vorab, erhöhte Aufmerksamkeit „auf die Formen der Verhandlung und Entscheidung“ legen, damit der Sachverhalt so klar und in jener Förmlichkeit vorliegt, dass der VwGH seine Aufgaben erfüllen kann. Dann entfaltet der Erlass mit leichter Hand den Nukleus einer Verfahrensordnung. Er erinnert zuerst daran, dass die Behörden, ehe sie ans Werk gehen, ihre Zuständigkeit und die Legitimation der Parteien zu prüfen haben (§§ 2 f.). In der Folge geht der Erlass sehr genau auf das Beweisverfahren ein. Die Behörde habe Beweise von Amts wegen zu erheben, um die „thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse in's Klare zu setzen“ (§ 5 Abs. 1). Als oberste Regel gelte dabei, dass „keine Entscheidung ergehen darf, ohne dass alle Betheiligten gehört werden und Gelegenheit zur Wahrung ihrer Rechte erlangten“ (§ 5 Abs. 2). Ob eine Behörde die Beweise selbst erhebt oder darum andere Behörden ersucht, ob sie Einvernahmen schriftlich oder mündlich führt, wie viele Zeugen sie befragt, ob sie nach Rede und Gegenrede noch Duplik und Replik zulässt, all das sei nach Lage der Sache zu beurteilen, und zwar so, dass Behörden *und* Parteien der geringste Zeit- und Kostenaufwand entsteht (§ 5 Abs. 3). Abzuschließen seien Ermittlungen jedenfalls, sobald die Sache genügend aufgeklärt erscheint (§ 5 Abs. 4). Die sodann zu erlassende Entscheidung müsse den Streitpunkt genau benennen, begründet werden und über allfällige Rechtsmittel belehren (§ 7). Die Entscheidung erwachse, wie der Erlass weiter ausführt, in Rechtskraft, sofern nicht die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig sei (§ 8). Abschließend erläutert der Erlass, wie die Entscheidung den Parteien zuzustellen ist (§ 9).

trachtet, in: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 1902, 1 (206 f.); Werner OGRIS, Karl Freiherr von Lemayer – Leben und Wirken, in: LEHNE / LOEBENSTEIN / SCHIMETSCHKE (Hrsg.), *Festschrift zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes*, 1976, 17 (27 f.).

<sup>22</sup> Erlass des Ministers für Cultus und Unterricht vom 14. Mai 1876, Z. 8040, an alle Länderchefs und Landesschulräthe, mit welchem anlässlich des Gesetzes vom 22. Oktober 1876 (R. G.-Bl. Nr. 36 ex 1876), betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, Weisungen über die Behandlung der in das Cultus- und Unterrichts-Ressort gehörenden administrativen Streitsachen erlassen werden. Dass dieser Erlass aus der Feder LEMAYERS stammt, wird in der Literatur immer wieder erwähnt, z.B. bei TEZNER, *Praktische Vorschläge zur Reform des österreichischen Administrativverfahrens*, in: *Gerichts-Zeitung* 1902, 51 (52), und trifft auch tatsächlich zu, wie der im Österreichischen Staatsarchiv erliegende Verordnungsakt 8040/1976 zeigt.

Aus dem Gewirr der damals existierenden Amtsinstruktionen ragt dieser Erlass turmhoch hervor. Er ist die erste amtliche Instruktion, die den Behörden eine strukturierte Anleitung für ihr Verfahren gibt – von der Prüfung der eigenen Zuständigkeit über die Beweisaufnahme bis hin zur Entscheidung und deren Zustellung. Erstmals geht es einem Erlass auch nicht mehr primär darum, öffentliche Interessen möglichst schnell und kostengünstig durchzusetzen; genauso wichtig sind die Parteien. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör ist nach dem Erlass sogar die „oberste Regel“ des Verfahrens. Deutlicher und moderner konnte man die „wesentlichen Formen des Administrativverfahrens“ nicht formulieren.<sup>23</sup> Kein anderes Ministerium und erst recht kein Gesetzgeber brachte damals Vergleichbares hervor; daher wurde der LEMAYERSche Erlass bald zur allgemeinen Richtschnur, auch für Behörden, die dem Unterrichtsministerium nicht unterstanden.<sup>24</sup> Damit war der zweite Schritt auf dem langen Weg zum AVG gesetzt – diesmal von einem Verwaltungsbeamten, der mit dem Kopf des VwGH denkt.

Zugleich dachte LEMAYER aber auch an die Verwaltung. Denn eine Behörde, die das Verfahren nicht ordnungsgemäß führt, riskiert, dass der VwGH ihre Entscheidung aufhebt – mit der Folge, dass sie das Verfahren neu durchführen muss, also sinnlos Zeit verliert. Die Kassation erweist sich damit für Behörden als zweischneidiges Schwert. Sie sichert der Verwaltung zwar die Entscheidung in der Sache und damit Gestaltungsmacht. Zugleich „erzieht“ sie die Behörden aber auch: Sie können zeitaufwendige Sachverhaltsermittlungen nicht einfach durch Untätigkeit „nach oben“ delegieren, denn „oben“ sitzt der VwGH und

<sup>23</sup> Treffend konstatiert TEZNER (Fn. 22), 52, zu diesem Erlass: „Wäre [er] als eine Art Vollzugsverordnung zum § 6 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof für alle staatlichen Verwaltungsbehörden erlassen und im Reichsgesetzblatt verlautbart worden, so stünde Oesterreich mit der Ausbildung des Verwaltungsverfahrens an der Spitze aller in dieser Hinsicht in Betracht kommenden Staaten.“ Zurückhaltender VASEK (Fn. 9), 478, der Lemayers Erlass nicht als „bahnbrechend“ einstuft. Tatsächlich hielten auch die Amtsinstruktionen aus den 1850er Jahren die Behörden an, die Partei „bereitwillig anzuhören“; doch sie atmen, worauf VASEK (Fn. 9), 475, zutreffend hinweist, erkennbar den Geist des Jahres 1848. Allein der Ton dieser Instruktionen zeigt, dass die Partei noch als Objekt des Verfahrens betrachtet wurde, dem die Behörden allenfalls wohlwollend begegnen, aber stets von oben herab. In Lemayers Erlass wird die Partei hingegen zum Subjekt des Verfahrens, das Rechte hat.

<sup>24</sup> Hermann ROTTMANN, Die österreichische Verwaltungsreform, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 1925, 365 (366); Egbert MANNLICHER / Emmerich CORETH, *Die Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung*, 1926, XXIV.

schickt die Arbeit so lange zurück, bis die Behörden sie erledigen. Letztlich bewirkt die Kassation damit, dass die Verwaltung selbst an einem geordneten Verfahren interessiert sein muss – wie ein solches Verfahren aussieht, vermittelte ihr nun der LEMAYERSche Erlass, wenngleich als rein behördeninterne Norm.

### *1.3. Ein Gericht, das legefertigt*

Als LEMAYER seinen Erlass formulierte, dachte er mit dem Kopf des VwGH und der Verwaltung – und vielleicht auch mit dem eigenen Kopf. Denn LEMAYER strebte in den VwGH, in den er 1881 tatsächlich eintrat.<sup>25</sup> Bis dahin hatte der VwGH schon etliche Entscheidungen aufgehoben, weil eine Behörde den Sachverhalt im konkreten Fall unvollständig ermittelt oder aktenwidrig festgestellt hatte.<sup>26</sup> Dass die Behörde „wesentliche Formen des Administrativverfahrens“ außer Acht gelassen hat, konstatierte der VwGH in den ersten Jahren hingegen noch nicht. Erst ab den frühen 1880er Jahren begann er, Verfahrensgrundsätze zu formulieren,<sup>27</sup> die ihm meist schon die „Natur der Sache“ eingab. Zum obersten Grundsatz erklärte der VwGH dabei – wie LEMAYERS Erlass –, dass den Parteien die Möglichkeit geboten wird, ihren Standpunkt zu vertreten und ihre Rechte zu verfechten.<sup>28</sup> Dieses „Prinzip des rechtlichen Gehörs“ differenzierte der VwGH dann von Fall zu Fall weiter aus: Zur ordnungsgemäßen Feststellung des Sachverhalts gehöre, dass die Partei einvernommen wird.<sup>29</sup> Es genüge nicht, ihr ein Gutachten nur zur Kenntnis zu bringen; sie müsse auch Gelegenheit erhalten, dagegen Einwendungen zu erheben,<sup>30</sup> selbst wenn das Gesetz das nicht ausdrück-

<sup>25</sup> OGRIS (Fn. 21), 29.

<sup>26</sup> So z.B. Gesammelte Beschlüsse und Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofs (VwSlg.) 78/1877; 81/1877; 100/1877; 203/1878; 265/1878; 288/1878; 485/1879; 538/1879; 579/1879; 701/1880; 798/1880; 884/1880; 1048/1881; 1053/1881; 1126/1881.

<sup>27</sup> Welchen Beitrag LEMAYER dazu geleistet hat, lässt sich nicht verlässlich sagen; Zeitgenossen schreiben aber ihm zu, dass die „Art und Weise der Prozedur des Gerichtshofes sich wesentlich den Prinzipien des Reformprozesses genähert hat“ und dass „seither die Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Forschungen in den Motivierungen der Erkenntnisse verwertet wurden“: Max SCHUSTER, Dr. Karl Freiherr von Lemayer. Ein Nachruf, in: Österreichisches Verwaltungsarchiv 1907, 33 (37).

<sup>28</sup> VwSlg. 6218 A/1908.

<sup>29</sup> VwSlg. 2263/1884.

<sup>30</sup> VwSlg. 8686/1895.

lich vorschreibt.<sup>31</sup> Höre die Behörde Sachverständige der einen Partei an, müsse sie auch Sachverständige der Gegenpartei hören.<sup>32</sup> Fälle die Behörde eine Entscheidung, müsse sie sie jeder Partei zustellen, deren Interesse dadurch berührt wird.<sup>33</sup> In ihrem Rechtsmittel könne die Partei die Sachverhaltsfeststellungen kritisieren und ihren Rechtsstandpunkt darlegen, den die Rechtsmittelbehörde zu würdigen habe.<sup>34</sup> Diese Verfahrensgrundsätze ließen sich noch lange fortsetzen.<sup>35</sup> Sie sind der dritte Schritt auf dem langen Weg zum AVG – diesmal gesetzt vom VwGH, der Verfahrensgrundsätze etablierte, die der Gesetzgeber nicht zustande gebracht hatte.

Realistisch betrachtet, war der VwGH für diese Aufgabe auch viel besser geeignet: Er transzendierte die zerstrittenen Parlamente der Monarchie und entwickelte die Verfahrensgrundsätze umsichtiger, als ein Gesetzgeber es je könnte. Denn niemand weiß besser als ein Gericht, dass jeder Fall anders gelagert ist; deshalb hüten sich Gerichte vor vorschnellen Verallgemeinerungen. Gerät ihnen ein Prinzip doch einmal zu weit, können sie es mühelos im nächsten Urteil relativieren. Diese bedächtige, von Fall zu Fall gleitende Rechtssetzung machte sichtbar, dass die Vielfalt der Verwaltung „im materiellen Bereich wurzelt“<sup>36</sup> und daher vom materiellen Recht getrennte, übergreifende Verfahrensregeln keineswegs ausschließt.

#### *1.4. Ein Wissenschaftler, der die Judikatur in eine Verfahrens-Ordnung bringt*

Übersichtlich und systematisch ist judikativ erzeugtes Recht allerdings nicht. Das Verwaltungsverfahren zu ordnen, hatte der Gesetzgeber dem VwGH auch nicht aufgetragen. Hier war die Wissenschaft gefragt. Unter den vielen Gelehrten, die die Judikatur des VwGH kommentierten, ragt Friedrich TEZNER turmhoch heraus. Er war der Sohn eines jü-

<sup>31</sup> VwSlg. 11.393/1898.

<sup>32</sup> VwSlg. 2452/1885.

<sup>33</sup> VwSlg. 8150/1894.

<sup>34</sup> VwSlg. 8150/1894.

<sup>35</sup> Weiterführend Angela FERRARI ZUMBINI (Fn. 3), 2025, 33 ff., 85 ff.; DIESELBE, Der Verwaltungsgerichtshof als Schöpfer verfahrensrechtlicher Grundsätze, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2026, 485 (492 ff.).

<sup>36</sup> Allgemein Heinz SCHÄFFER, 80 Jahre Kodifikation des Verwaltungsverfahrens in Österreich, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2004, 285 (292).

dischen Religionslehrers aus Böhmen, studierte in Wien Rechtswissenschaft, habilitierte sich für Staats- und Verwaltungsrecht<sup>37</sup> und legte 1896 ein „Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens“ vor, das die Judikatur des VwGH und das Wirrwarr an Erlässen und verstreuten Verfahrensbestimmungen erstmals in eine Ordnung bringt.<sup>38</sup> Obwohl dieses Monumentalwerk die Praxis nachhaltig beeinflusste, ließ die Universität TEZNER nie wirklich aufkommen.<sup>39</sup> Nur einer glücklichen Fügung ist auch zu verdanken, dass jemand wie er 1907 in den VwGH aufgenommen wurde.<sup>40</sup> Hier war er aber – so erzählen seine Richterkollegen – ein „Gigant“: In „fast allen Gebieten des Verwaltungsrechts brachte er ein Arsenal von Wissen, wie vor ihm niemand, mit, und hatte schon über alles nachgedacht, was den anderen neu war.“<sup>41</sup> Mit dieser überragenden Kompetenz judizierte TEZNER nun 15 Jahre im VwGH, um 1922 ein fast 1000-seitiges Werk vorzulegen, das ausgehend von der Judikatur, sie aber vertiefend und weiterdenkend, ein österreichisches Administrativverfahren entwickelt.<sup>42</sup> Damit war der nächste Schritt auf dem Weg zum AVG gesetzt – von einem richterlichen Wissenschaftler, der die Judikatur in eine Verfahrens-Ordnung bringt.

### 1.5. *Ein Kommissär, der Österreich das Sparen lehrt*

So war über die Jahre und Jahrzehnte in Österreich eine seltsam verkehrte Welt entstanden: Es gab eine ausdifferenzierte Judikatur zum Verwaltungsverfahren und ein Handbuch, das das Verwaltungsverfahren theoretisch minutiös entfaltet – nur das dazugehörige Gesetz fehlte, und zwar schmerzlich. So großartig die Leistungen des VwGH, flankiert von LEMAYER und TEZNER, waren, so sehr war das Verwaltungsverfahren doch

<sup>37</sup> Hans Kelsen, Friedrich Tezner, in: *Neues Wiener Tagblatt* 14. Juni 1925, 3; Josef Schenk, Der österreichische Gelehrte und Richter Friedrich Tezner, in: *Österreichisches Verwaltungsblatt* 1935, 185.

<sup>38</sup> TEZNER (Fn. 8).

<sup>39</sup> Deutliche Worte findet zu dieser Ungerechtigkeit Kelsen (Fn. 37), 4: „Von jener Intransigenz kleinlichen Gelehrtendünkels, dieser Berufsschwäche zünftiger Professoren, war Friedrich Tezner frei. Sein Wille zur *Gerechtigkeit* war zu groß. Und darum hat es vielleicht tieferen Sinn, daß sein Jugendtraum nicht in Erfüllung ging, daß er nicht Berufspräsident, sondern daß er Richter wurde.“

<sup>40</sup> Schenk (Fn. 37), 186.

<sup>41</sup> Schenk (Fn. 37), 186 f.

<sup>42</sup> Friedrich Tezner, *Das österreichische Administrativverfahren. Dargestellt aufgrund der verwaltungsgerichtlichen Praxis*, 1922.

zu einer „Geheimkunde von Spezialisten“ geworden, die für die Bevölkerung und selbst für Rechtsanwälte undurchsichtig und unberechenbar war.<sup>43</sup> Dementsprechend mehrten sich Forderungen, das Verwaltungsverfahren möge endlich durch Gesetz oder zumindest Verordnung geregelt werden. Doch der Gesetzgeber brachte nur 1896 ein eher umständliches Gesetz über Rechtsmittel<sup>44</sup> zuwege. Alle darüber hinausgehenden Vorschläge aus der Wissenschaft<sup>45</sup> und selbst staatlich beauftragte Entwürfe<sup>46</sup> verliefen im Sand, obwohl sie teils mit unerhörtem Aufwand und Scharfsinn erarbeitet wurden. So hielt etwa die 1911 vom Kaiser eingesetzte „Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform“ 1912 eine

<sup>43</sup> Adolf Julius MERKL, Die neuen Verwaltungsgesetze in ihrer Bedeutung für das Wirtschaftsleben, in: MAYER MALY / SCHAMBECK / GRUSSMANN (Hrsg.), *Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften*. Dritter Band. *Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken*. Erster Teilband, 2006, 239 (240).

<sup>44</sup> Gesetz vom 12. Mai 1896, womit ergänzende beziehungsweise abändernde Bestimmungen bezüglich des Verfahrens bei Geltendmachung der Rechtsmittel gegen Entscheidungen und Verfügungen der politischen Behörden getroffen werden, RGBl. Nr. 101/1896. Eine gewisse Ausstrahlungskraft hatte dieses Gesetz aber immerhin auf Landesebene, s. VAŠEK (Fn. 9), 481.

<sup>45</sup> Dazu Sebastian SCHMID, Erwartungen an das AVG, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2026, 507 (508 f.): 1884 verfassten Karl LEMAYER, Arnold PANN und Georg PRAŽAK im Auftrag des Österreichischen Advokaten tags *Drei Gutachten über die Reform des Administrativ-Verfahrens*. Ab 1900 folgten fast im Jahrestakt weitere Entwürfe: Joseph Ludwig BRUNSTEIN, *Das Administrativ-Verfahren und seine Reform*, 1900; TEZNER, (Fn. 22), 51; Joseph Ludwig BRUNSTEIN, *Vorgeschlagene Normen für das Administrativ-Verfahren vor den staatlichen und staatlich delegierten Verwaltungs-Behörden*, 1903; Emil LINGG, *Zur Reform des Administrativverfahrens*, 1904; Carl BROCKHAUSEN, *Studien und Vorschläge zum Verwaltungsreformpläne vom 25. Juli 1906*, in: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 1906, 233; Ferdinand SCHMID, *Studien über die Reform des österreichischen Finanzverwaltungsverfahrens*, 1909.

<sup>46</sup> So die im Auftrag von Ministerpräsident Ernest VON KOERBER ausgearbeiteten *Studien über die Reform der inneren Verwaltung*, ohne Jahr, vermutlich 1905, die die Erlassung einheitlicher Verfahrensregeln dringend einmahnten (19); kritisch aufgenommen z.B. von Joseph GRIMM, *Zur Reform der inneren Verwaltung. Kritische Besprechung der „Studien über die Reform der inneren Verwaltung“*, 1905; Josef SLÁDEK, *Kritik der Regierungsvorlage: „Studien über die Reform der inneren Verwaltung.“*, 1905. Mit kaiserlicher EntschlieÙung vom 22. Mai 1911 wurde sodann auf Antrag Josef REDLICHs eine „Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform“ eingesetzt, deren Vorschläge aber wegen des 1. Weltkrieges nicht weiter verfolgt wurden. Während des Krieges legte eine neue „Ständige Kommission für Verwaltungstechnik und Verfahren“ einen Gesetzesentwurf vor (m.w.N. SCHMID [Fn. 45], 510). Weitere Entwürfe wurden 1919 unter Sektionschef Robert DAVY erarbeitet; sie haben die interministerielle Ebene aber nie verlassen (MANNLICHER / CORETH [Fn. 24], XXV).

umfangreiche Enquete ab<sup>47</sup> und legte ein Jahr später unter dem Vorsitz von Erwin Freiherrn VON SCHWARTZENAU einen Verordnungsentwurf betreffend die Erlassung einer Geschäftsordnung der k. k. Bezirkshauptmannschaften und die Feststellung von Grundsätzen für das Verfahren vor den politischen Behörden vor.<sup>48</sup> Als Mitglied dieser Kommission entwarf Edmund BERNATZIK sogar eine 425 Paragraphen starke Verwaltungsjurisdiktion.<sup>49</sup> Doch keiner dieser Entwürfe wurde umgesetzt.

Die entscheidende Wendung trat erst ein, als die Monarchie 1918 zusammenbrach. Der Kleinstaat Österreich, der aus ihren Trümmern hervorging, kämpfte buchstäblich ums Überleben. Er war beladen mit Schulden für Reparationszahlungen und zugleich belastet mit einer aufgeblähten Verwaltung, die dringend an die neuen Staatsverhältnisse anzupassen war.<sup>50</sup> Für eine solche Reform stellte das Bundes-Verfassungsgesetz 1920<sup>51</sup> erste Weichen, zunächst, indem es die Verwaltungsorganisation des neu geschaffenen Bundesstaates redimensionierte: Die Verfassung wies alle bedeutsamen Verwaltungsaufgaben dem Bund zu, erlaubte ihm aber nur in ausgewählten Materien, dafür eigene Behörden einzurichten. Grundsätzlich sollte die Bundesverwaltung nämlich – unter der Leitung des jeweils zuständigen Bundesministers – von den Landeshauptleuten und den ihnen nachgeordneten Landesbehörden erledigt werden, die sogenannte mittelbare Bundesverwaltung.<sup>52</sup> Daneben erledigten die Landesbehörden weiter die Landesverwaltung, und so erlebten sie zwar die Verwaltung in ihrer herrlichen Vielfalt. Zugleich trugen sie aber auch die Last, in jeder dieser vielen Bundes- und Landes-

<sup>47</sup> Festgehalten im Stenographischen Protokoll der Enquete über die Wünsche der beteiligten Kreise der Bevölkerung in bezug auf die Reform der inneren und der Finanzverwaltung.

<sup>48</sup> Näher Gernot D. HASIBA, Die Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform [1911-1914], in: VALENTINITSCH (Hrsg.), *Festschrift Baltl*, 1988, 237; Peter BECKER / Jana OSTERKAMP, Von Josef Redlich zu Egbert Mannlicher und Ji í Hoetzel: Die Verwaltungsreform in der Habsburgermonarchie, in: Österreich und der Tschechoslowakei zwischen Kontinuität und Bruch, in: HARMAT (Hrsg.), *Das Erbe der Habsburgermonarchie in den Nachfolgestaaten. Brüche und Kontinuitäten*, 2025, 423 (426 ff.); SCHMID (Fn. 45), 509 f.

<sup>49</sup> Ewald WIEDERIN, *Vergessene Wurzeln der konzentrierten Normenkontrolle in Österreich*, 2021, 28 f.

<sup>50</sup> Egbert MANNLICHER, Die österreichische Verwaltungsreform des Jahres 1925, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 1969, 357 (359).

<sup>51</sup> Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), BGBl. Nr. 1/1920.

<sup>52</sup> Art. 102 Abs. 1 und 2 B-VG 1920.

materien eigene Verfahrensregeln anwenden zu müssen, sofern es solche Regeln überhaupt gab. Das war auf Dauer nicht zu bewältigen,<sup>53</sup> und so wurden nach Art einer paradoxen Intervention plötzlich die *Länder* gewinnbar für die Idee eines *einheitlichen* Verwaltungsverfahrens.

Die Hürden, die einer Vereinheitlichung des Verfahrensrechts bisher im Wege standen, beseitigte das B-VG beherzt: Zunächst durch ein Legalitätsprinzip, das auch im internationalen Vergleich extrem strikt war. Demnach durfte die „gesamte staatliche Verwaltung“ nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden.<sup>54</sup> Das war die Antithese zur Behauptung, die Verwaltung müsse sich frei von gesetzlichen Bindungen entfalten. Sie galt auch für das Verwaltungsverfahren, das folglich keine „Geheimkunde für Spezialisten“ mehr sein durfte.

Damit die Vereinheitlichung des Verfahrensrechts nicht länger an der Pluralität der Gesetzgeber scheitert, überwies das B-VG dessen Regelung zudem in die ausschließliche Kompetenz des Bundes<sup>55</sup> – diese Uniformierung war für einen Bundesstaat einzigartig,<sup>56</sup> ja sogar dem „altösterreichischen ‚Einheits‘-Staate fremd“.<sup>57</sup> Doch allen Beteiligten war klar, dass es ohne diese Bundeskompetenz in Österreich nie ein einheitliches Verwaltungsverfahren geben würde.<sup>58</sup> Nun war es immerhin möglich.

Der entscheidende Anstoß für eine Verwaltungsreform kam allerdings von außen, namentlich vom Völkerbund. Er gewährte dem verschuldeten Österreich 1922 eine Anleihe, verlangte aber im Gegenzug schärfste Sparmaßnahmen,<sup>59</sup> allem voran auch „Verwaltungsreformen“.<sup>60</sup> Österreich

<sup>53</sup> MÄNNLICHER (Fn. 50), 358.

<sup>54</sup> Art. 18 Abs. 1 B-VG 1920.

<sup>55</sup> Art. 11 Abs. 1 Z. 7 B-VG 1920.

<sup>56</sup> Adolf Julius MERKL, Die Verwaltungsgesetzgebung der österreichischen Republik, in: MAYER-MALY / SCHAMBECK / GRUSSMANN (Hrsg.), *Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften*. Dritter Band. *Verwaltungsrecht – Zeitgenossen und Gedanken*. Erster Teilband, 2006, 141 (176).

<sup>57</sup> MERKL (Fn. 43), 242. Die Kompetenzverteilung (§§ 11 und 12 Gesetz, wodurch das Grundgesetz über die Reichsvertretung abgeändert wird, RGBl. Nr. 141/1867) wies die Regelung des Verwaltungsverfahrens keinem Gesetzgeber explizit zu. In der Praxis regelten Reichs- und Landesgesetzgeber das Verfahren jedoch stets als Annex zu den ihnen zugewiesenen Verwaltungsmaterien, s. z.B. die Erläuterungen zu den Anträgen der Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform (Fn. 46), betreffend die Erlassung einer Geschäftsordnung der k. k. Bezirkshauptmannschaften und die Feststellung von Grundsätzen für das Verfahren vor den politischen Behörden, 1913, 7, 12.

<sup>58</sup> MÄNNLICHER / CORETH (Fn. 24), XXV.

<sup>59</sup> Genfer Protokolle vom 4. Oktober 1922, BGBl. Nr. 842/1922.

<sup>60</sup> Genfer Protokolle III 6. d).

müsse Aufgaben, Ämter und Personal der Verwaltung abbauen, die Besorgung der verbleibenden Verwaltungsaufgaben vereinfachen und auch die Vorschriften über das Verwaltungsverfahren „im Sinne der Vereinfachung und namentlich auch der Vereinheitlichung durchgreifend reformieren“.<sup>61</sup>

Zur Kontrolle dieser Sanierung entsandte der Völkerbund den Niederländer Alfred ZIMMERMANN nach Österreich. Er prüfte die monatlichen Reformberichte der Regierung penibel und verfasste dazu – stets in höflichstem Ton – seitenlange Anmerkungen, die jede Ausflucht, jede Vagheit, jede Ungenauigkeit und auch jede Sparlücke aufdeckten.<sup>62</sup> Als die Regierung etwa einmeldete, dass auf einer Nebenlinie der Bundesbahn der Posten eines Schrankenwärters eingespart werde, vermerkte ZIMMERMANN, er habe einen Lokalausweis vorgenommen und festgestellt, dass ohne weiteres ein zweiter Schrankenwärter eingespart werden kann.<sup>63</sup> Beliebt gemacht hat sich ZIMMERMANN in Österreich damit nicht, doch indem er Österreich das Sparen lehrte, setzte er den vorletzten Schritt auf dem Weg zum AVG.

### *1.6. Ein Ministerialbeamter, der geschickter als mancher Politiker Politik betreibt*

Österreichs Antwort auf Alfred ZIMMERMANN lautete Egbert MANNLICHER, ein hervorragender Legist und mindestens so gewiefter Bürokrat und Strippenzieher im Bundeskanzleramt.<sup>64</sup> Als Leiter der Abteilung für Verwaltungsreform<sup>65</sup> gab er der vom Völkerbund bedrohlich breit angelegten Reform eine neue Richtung: weg vom Aufgaben- und Personalabbau, hin zu einem einheitlichen Verwaltungsverfahren – dort liege das Ersparungspotential!<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Reform- und Finanzprogramm aufgrund der am 22. Oktober 1922 in Genf unterzeichneten Konvention, kundgemacht als Beilage zu dem in Durchführung der Genfer Protokolle erlassenen Wiederaufbaugesetz, BGBl. Nr. 843/1922, Abschnitt II „Reformen und Ersparungsmaßnahmen auf dem Gebiete der Hoheitsverwaltung“.

<sup>62</sup> Gernot D. HASIBA, Ein Meisterwerk österreichischer Gesetzgebungskunst. Die Genesis der Verwaltungsreformgesetze von 1925, in: *Geschichte und Gegenwart, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, Gesellschaftsanalyse und politische Bildung* 1987, 163 (169 f.).

<sup>63</sup> HASIBA (Fn. 62), 170.

<sup>64</sup> BECKER / OSTERKAMP (Fn. 48), 444 ff., 450, 454.

<sup>65</sup> Ludwig ADAMOVICH, Egbert Mannlicher, in: BRAUNEDER (Hrsg.), *Juristen in Österreich 1200-1980*, 1987, 296 (297); HASIBA (Fn. 62), 169.

<sup>66</sup> S. dazu auch die Einschätzung von BECKER / OSTERKAMP (Fn. 48), 444, die es MANNLICHER zuschreiben, „dass eine Reihe von Reformagenden zugunsten dieser Fo-

Um dieses Projekt innenpolitisch durchzubringen, erklärte MANNLICHER das Verwaltungsverfahren zuerst zu „einer vollkommen unpolitischen“ Materie.<sup>67</sup> Dann erarbeitete er unter dem vertrauenserweckenden Titel „Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung“ ein Reformpaket, das in zwei Teile zerfiel. Den ersten und wichtigeren<sup>68</sup> Teil bilden vier Gesetze, die die Struktur der Justizverfahrensgesetze in die Verwaltung projizieren: Der ZPO korrespondierend, sah das Paket ein Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) vor, der Strafprozessordnung stellte es das Verwaltungsstrafgesetz gegenüber (VStG), als Korrelat zu den Exekutionsgesetzen sah das Paket ein Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG) vor, und ein Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG) sollte regeln, welche Behörden welches der drei Verfahrensgesetze anzuwenden haben. Da die – verfahrensfreundliche – Kompetenzverteilung des B-VG noch nicht in Kraft war, musste für die genannten Verfahrensgesetze außerdem provisorisch eine Bundeskompetenz geschaffen werden.<sup>69</sup>

Diese Gesetze hat MANNLICHER – aufbauend auf der Judikatur, der Wissenschaft und früher erarbeiteten Entwürfen – inhaltlich so geschickt aufgesetzt und politisch so gut vermarktet, dass am Ende alle Beteiligten

kussierung aufgegeben wurde“, s. auch a.a.O. 450. Nachzuweisen, dass die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens wesentliche Einsparungen bringt, war allerdings nicht einfach; so soll sich MANNLICHER Mehreinnahmen des Staates insbesondere aus Mandatsverfahren, Organmandaten und Kostenbeiträgen erwartet haben, die bestrafte Personen nach dem Verwaltungsstrafverfahrensgesetz zu entrichten haben (HASIBA [Fn. 62], 176). Solche Mehreinnahmen blieben zwar aus (BECKER / OSTERKAMP [Fn. 48], 450 f.); doch allein, dass die Behörden in jeder Materie im Großen und Ganzen dieselben Verfahrensregeln anwenden konnten, dass dadurch Aufhebungen im Instanzenzug und vor dem VwGH vermieden wurden, dass das Verwaltungspersonal leichter geschult werden konnte und auch vielseitiger einsetzbar wurde, muss Spareffekte erbracht haben, mögen sie auch nicht leicht messbar sein.

<sup>67</sup> Egbert MANNLICHER, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze vom Jahre 1925 (Vortrag vom 3. Oktober 1958), in: BEDALL (Hrsg.), *Vorträge von Dr. Egbert Mannlicher aus der Zeit seines Altersrubestandes (1947 – 1973)*, 2005, 149 (154).

<sup>68</sup> MANNLICHER (Fn. 50), 362.

<sup>69</sup> Art. I Bundesverfassungsgesetz vom 21. Juli 1925, womit die Bestimmungen des Verfassungsgesetzes vom 1. Oktober 1920, B.G.Bl. Nr. 2, betreffend den Übergang zur bundesstaatlichen Verfassung, ergänzt werden, BGBl. Nr. 271/1925. Seit der B-VG-Novelle 1929, BGBl. Nr. 392/1929, besteht die Bundeskompetenz nur mehr, „soweit ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird“. Die B-VG-Novelle 1974, BGBl. Nr. 444/1974, gestattet den Ländern schließlich auch Abweichungen von den einheitlichen Verfahrensgesetzen, „wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind.“

überzeugt waren, gerade sie hätten ihre Interessen optimal umgesetzt:<sup>70</sup> Die Sozialdemokratie sah in den Verfahrensgesetzen eine Demokratisierung der Verwaltung, weil die Verfahrensparteien mit Rechten ausgestattet wurden.<sup>71</sup> Die Christlich-Sozialen feierten einen Erfolg für den Rechtsstaat.<sup>72</sup> Für den Großdeutschen MANNLICHER selbst brachten die Verfahrensgesetze die Bürger:innen dazu, den Staat wieder anzuerkennen.<sup>73</sup> Die Verwaltung wiederum war glücklich, weil sie endlich klare Regeln für ihr Verfahren hatte<sup>74</sup> und wohl auch, weil ihr ein weiterer Personalabbau erspart blieb.<sup>75</sup> Die Advokaten dürften zufrieden gewesen sein, weil der Gesetzgeber aus der vertrauten ZPO einige Regeln in das AVG übernommen<sup>76</sup> und zudem die Winkelschreiberei untersagt hatte.<sup>77</sup> Die Bevölkerung sah sich durch die Verfahrensgesetze dem Staat gegenüber

<sup>70</sup> HASIBA (Fn. 62), 179 f.; BECKER / OSTERKAMP (Fn. 48), 446 ff.

<sup>71</sup> So z.B. der sozialdemokratische Abgeordnete Arnold EISLER: „vor allem war für uns maßgebend die Rücksicht auf jene Rechtsgarantien, die [...] die Grundlage jeder Verwaltung in einem demokratischen Staate sein müssen, die Rücksicht auf Rechtsgleichheit und auf Rechtssicherheit.“ (Stenographisches Protokoll des Nationalrats, II. Gesetzgebungsperiode, 108. Sitzung am 21. Juli 1925, 2588). Unübertroffen klar zum Zusammenhang von Parteistellung und Demokratie Kurt RINGHOFER, *Strukturprobleme des Rechtes*, 1966, 63: „Ganz genau so wie dem Staatsvolk durch das Wahlrecht eine, wenngleich mittelbare Teilnahme am Gesetzgebungsverfahren, d. i. an dem Verfahren, in dem über seine Rechte und Pflichten generell und in abstracto abgesprochen wird, gewährleistet ist, praestiert § 8 AVG. dem einzelnen eine Teilnahme am Verwaltungsverfahren, in dem über seine Rechte und Pflichten individuell und in concreto abgesprochen wird.“ (im Original mit Hervorhebungen).

<sup>72</sup> So z.B. die Aussage des christlich-sozialen Abgeordneten Franz SCHUMACHER: „Niemand wird leugnen können, daß diesbezüglich die Gesetze einen großen Fortschritt bedeuten, der einen Fortschritt auf dem Wege des Ausbaues unseres Staates zum Rechtsstaat darstellt.“ (Stenographisches Protokoll des Nationalrats, II. Gesetzgebungsperiode, 107. Sitzung am 16. Juli 1925, 2568).

<sup>73</sup> Egbert MANNLICHER, Bürger und Behörde im demokratischen Staat (Vortrag vom Dezember 1949), in: BEDALL (Fn. 67), 37 (47 f.).

<sup>74</sup> MANNLICHER (Fn. 67), 156.

<sup>75</sup> Der Abbau von Stellen, der bereits stattgefunden hatte, war beträchtlich: BECKER / OSTERKAMP (Fn. 48), 441 ff.

<sup>76</sup> S. dazu den Bericht des Verfassungsausschusses, 360 der Beilagen zum Stenographischen Protokoll des Nationalrates, II. Gesetzgebungsperiode, der vielfach auf die ZPO und die Jurisdiktionsnorm (JN) Bezug nimmt, insb. bei §§ 1, 4 f., 7, 9, 11 f., 14 f., 17, 19 f., 21-33, 51, 62, 69, 71 f.; s. zum Einfluss der ZPO auf das AVG ferner SCHÖNINGER-HEKELE (Fn. 7), 120 ff., FERRARI ZUMBINI (Fn. 3), 82 ff.; SCHMID (Fn. 45), 515 f., sowie unten 2.3., 2.5. und 2.6.

<sup>77</sup> Art. VIII Abs. 1 lit. d Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen – EGVG, BGBl. Nr. 273/1925; § 10 Abs. 3 AVG.

gestärkt<sup>78</sup> und zugleich erleichtert, weil sie ab nun „vom Bundesministerium die ganze Hierarchie der Zentral- und Lokalverwaltung hinab bis zur Dorfgemeinde mit der Anwendung gleichförmigen Verfahrensrechtes zu rechnen“ hatte.<sup>79</sup> Und das Wichtigste zuletzt: Dem Völkerbund wurden diese Gesetze gemeinsam mit einem Verwaltungsentlastungsgesetz<sup>80</sup> erfolgreich als Sanierung der Verwaltung präsentiert.<sup>81</sup> Damit war der letzte und entscheidende Schritt zum AVG gesetzt, von einem Ministerialbeamten, der „sehr geschickt und entscheidender vielleicht als mancher Politiker Politik betrieb“.<sup>82</sup> Im Juli 1925 wurde das Gesetzespaket – und mit ihm das AVG – schließlich im Parlament verabschiedet.<sup>83</sup>

*1.7. Fazit: Das AVG hat viele Väter (und die meisten wuchsen über ihre Rolle hinaus)*

Die Mutter aller Verfahrensgesetze – das AVG – hat also viele Väter, und wie es mit Vätern so ist, blieben manche hinter ihrer Rolle zurück, andere wuchsen über sie hinaus: Ihre Schwarmintelligenz wird 1875 aktiviert, als der Gesetzgeber so tut, als gäbe es bereits ein Verfahrensgesetz für die Verwaltung. 1876 denkt der Ministerialbeamte LEMAYER mit dem Kopf des VwGH und verfasst den Nukleus einer Verfahrensordnung, allerdings nur als behördeninternen Erlass. Beides, Gesetzesmagie und Erlassempathie, ermutigen den VwGH, wesentliche Verfahrensgrundsätze zu formulieren, und zwar besser als es der damalige Gesetzgeber

<sup>78</sup> So meint z.B. Vizekanzler Felix FRANK, Stenographisches Protokoll des Nationalrats, II. Gesetzgebungsperiode, 43. Sitzung am 5. Juni 1924, 1217, „daß die Durchführung der Verwaltungsreform ein außerordentlich wichtiger Schritt auf dem Wege der Sanierung ist, [...] ein Schritt, der allen, den Beamten, den Behörden, aber insbesondere auch der Bevölkerung Vorteile bringt“.

<sup>79</sup> MERKL (Fn. 56), 177.

<sup>80</sup> Bundesgesetz vom 21. Juli 1925 über die Vereinfachung der Verwaltungsgesetze und sonstige Maßnahmen zur Entlastung der Verwaltungsbehörden (Verwaltungsentlastungsgesetz – VEG), BGBl. Nr. 277/1925.

<sup>81</sup> BECKER / OSTERKAMP (Fn. 48), 449 f.

<sup>82</sup> Waltraud HEINDL, Bürokratie und Beamte, in: TÁLOS / DACHS / HANISCH / STAUDINGER (Hrsg.), *Handbuch des politischen Systems Österreichs. Erste Republik 1918-1933*, 1995, 90 (101).

<sup>83</sup> Neben dem in Fn. 2 und Fn. 77 erwähnten AVG und EGVG: Verwaltungsstrafgesetz – VStG, BGBl. Nr. 275/1925; Verwaltungsvollstreckungsgesetz – VVG, BGBl. Nr. 276/1925. Die folgenden §§ beziehen sich jeweils auf die Stamfassung des zitierten Gesetzes aus 1925.

gekonnt hätte. Der Wissenschaftler TEZNER, dem keine Universitätskarriere gegönnt war, bringt diese Judikatur in eine monumentale Verfahrens-Ordnung. Nach dem Zusammenbruch der Monarchie stellt das B-VG 1920 durch ein ungewöhnlich striktes Legalitätsprinzip und eine eigenwillige Bundesstaatlichkeit die Weichen für eine Verrechtlichung des Verwaltungsverfahrens. Die dafür erforderliche Energie setzt aber erst der Völkerbund in Gestalt des Kommissärs ZIMMERMANN frei, der durch seinen rigiden Sparkurs eine Verwaltungsreform anstößt. Der gewiefte Ministerialbeamte MANNLICHER lenkt diese Reform schließlich um in eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrens, die er legistisch gekonnt aufsetzt, politisch geschickt vermarktet und verkauft.

Was macht das AVG 1925 nun zu einem so bedeutenden Gesetz?

## 2. *Die kühne Architektur des AVG*

### 2.1. *Ein Gesetz für (fast) alle Behörden*

Nähert man sich dem AVG über seinen Vorhof, das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, so staunt man zunächst über seinen weiten Anwendungsbereich: Das AVG ist von Bundes- und Landesbehörden anzuwenden, von staatlichen und von Selbstverwaltungsbehörden, von Behörden der allgemeinen Verwaltung genauso wie von Sonderbehörden.<sup>84</sup> Für sie galten ab dem 1. Jänner 1926 die neuen Verfahrensregeln; anderslautende Verfahrensvorschriften in früher erlassenen Bundes- und Landesgesetzen, Verordnungen oder Erlässen verloren ihre Anwendbarkeit.<sup>85</sup>

Nur drei Bereiche nahm der Gesetzgeber 1925 vom AVG aus, weil sie ihm zu besonders schienen: das Finanzverfahren,<sup>86</sup> das Dienstrechtsverfahren<sup>87</sup> und das Verfahren vor den Agrarbehörden.<sup>88</sup> Selbst für sie

<sup>84</sup> Art. II Abs. 1 EGVG.

<sup>85</sup> Diese Derogation ordnet Art. III EGVG in Abs. 1 zunächst allgemein an. Abs. 2 zählt sodann Hofkanzleidekrete, Amtsinstruktionen und Ministerialverordnungen auf, die „insbesondere“ außer Kraft traten. Von einer Aufzählung der Verfahrensvorschriften in Materiangesetzen nahm der Gesetzgeber hingegen Abstand, weil diese Regelungen unübersehbar gewesen wären; MANNLICHER (Fn. 50), 369, schätzt sie auf 2000 Gesetze.

<sup>86</sup> Art. II Abs. 5 EGVG.

<sup>87</sup> Art. II Abs. 6 EGVG.

<sup>88</sup> § 8 Abs. 5 lit. c Übergangsgesetz 1920, BGBl. Nr. 2/1920 idF 269/1925.

konnte der jeweils zuständige Gesetzgeber aber die Anwendung des AVG oder einzelner seiner Vorschriften jederzeit anordnen,<sup>89</sup> eine Einladung, der die Gesetzgeber im Dienstrechts- und Agrarverfahren weitgehend gefolgt sind.<sup>90</sup> Das AVG war also – und ist bis heute – ein Gesetz für fast alle Behörden, allerdings nur, soweit sie Bescheide erlassen; die Erzeugung sonstiger Hoheitsakte regelt das AVG nicht.<sup>91</sup> Innerhalb des Verwaltungsverfahrens differenziert das AVG aber wiederum nicht zwischen streitigen und anderen Verwaltungssachen, es schafft vielmehr einheitliche Standards für das ganze Verwaltungsverfahren.<sup>92</sup>

## 2.2. *Knapp im Umfang, klar im Aufbau, nüchtern im Stil*

Verlässt man das EGVG und betrachtet das AVG vorerst von außen, so fällt sein knapper Umfang auf: Mit nur 80 Paragraphen kommt diese Verfahrensordnung aus. So extensiv der Anwendungsbereich des AVG ist, so wenig intensiv regelt es also das Verfahren.<sup>93</sup> Eben weil das AVG für fast alle Behörden passen muss, besinnt es sich auf seine Wurzeln und beschränkt sich auf „wesentliche Formen des Administrativverfahrens“.

Diese Formen präsentiert das AVG in bester Ordnung. Sein Aufbau folgt, wie LEMAYERS Erlass und TEZNER'S Handbuch, dem Ablauf eines Verwaltungsverfahrens: Daher stellt das AVG im ersten Teil die Akteure des Verfahrens – Behörden und Parteien – vor,<sup>94</sup> regelt, wie sie kommunizieren<sup>95</sup> und welche Ordnungs- und Mutwillensstrafen drohen,<sup>96</sup> wenn die Kommunikation nicht funktioniert. Schon im zweiten Teil dringt das AVG zum Kern jedes Verfahrens vor – der Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts: Dafür werden Zweck und Gang der Er-

<sup>89</sup> Art. II Abs. 3 EGVG.

<sup>90</sup> Daher entsprechen diese beiden Verfahren inzwischen größtenteils dem AVG. Nur die Finanzverwaltung geht bis heute einen Sonderweg: Das Abgabungsverfahren war zunächst verstreut in den einzelnen Abgabengesetzen und ist seit 1961 einheitlich in der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, geregelt.

<sup>91</sup> Art. II Abs. 1 EGVG („behördliche Aufgaben“) sowie MANNLICHER (Fn. 67), 158.

<sup>92</sup> MANNLICHER (Fn. 50), 370 f.

<sup>93</sup> Bericht des Verfassungsausschusses (Fn. 76), 6 f.; MANNLICHER / CORETH (Fn. 24), XXXVI f.

<sup>94</sup> §§ 1-12 AVG.

<sup>95</sup> §§ 13-33 AVG.

<sup>96</sup> §§ 34-36 AVG.

mittlungen fixiert<sup>97</sup> und dann die Beweise im Einzelnen geregelt.<sup>98</sup> Sind die Ermittlungen abgeschlossen, ist meist ein Bescheid zu erlassen, dessen Form und Inhalt das AVG im 3. Teil bestimmt.<sup>99</sup> Folgerichtig widmet sich der 4. Teil dem Rechtsschutz, der gegen Bescheide besteht.<sup>100</sup> Der 5. Teil legt die Verfahrenskosten fest,<sup>101</sup> und der 6. Teil trifft die üblichen Schlussbestimmungen.<sup>102</sup>

So eingängig wie dieser Aufbau ist auch der Stil des AVG: Es verschwendet kein unnötiges Wort, ist nüchtern im Ton und gerade deshalb so leicht und schön zu lesen.

### 2.3. *Aktive Behörden und starke Parteien*

Tritt man nun in das AVG ein, begegnet man den Akteuren des Verfahrens und damit der Frage, welche Behörde zuständig ist. Das bestimmt, so sagt das AVG bescheiden, das Materiengesetz,<sup>103</sup> nur wenn dort entsprechende Regeln fehlen, hilft das AVG mit einer Zuständigkeit aus, die für typische Verwaltungsverfahren sehr gut passt.<sup>104</sup> So ist die Zuständigkeit im Verwaltungsverfahren stets klar, und sie wird niederschwellig vereinheitlicht, indem das AVG eine attraktive Zuständigkeit anbietet, die der Materiengesetzgeber durch Stillschweigen annehmen kann.<sup>105</sup> Die damit als zuständig bestimmte Behörde ist nach dem AVG sehr aktiv, selbst aktiver als der Richter im Zivilprozess.<sup>106</sup> Wenn nichts

<sup>97</sup> §§ 37-44 AVG.

<sup>98</sup> §§ 45-55 AVG.

<sup>99</sup> §§ 56-62 AVG.

<sup>100</sup> §§ 63-73 AVG.

<sup>101</sup> §§ 74-79 AVG.

<sup>102</sup> § 80 AVG.

<sup>103</sup> § 1 AVG.

<sup>104</sup> §§ 2 f. AVG.

<sup>105</sup> MERKL (Fn. 56), 180; DERSELBE (Fn. 43), 243.

<sup>106</sup> Der aktive Richter kennzeichnete den österreichischen, von Franz KLEIN geprägten Zivilprozess, s. Hans W. FASCHING, *Aktive Verfahrensgestaltung durch den Richter im österreichischen Zivilprozeß*, in: SCHWIND (Hrsg.), *Österreichische Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974*, 1974, 75 (75 f.); Robert FUCIK, *Die Rolle des Richters in der ZPO. Eine ökonomische Analyse*, in: LEWISCH / RECHBERGER (Hrsg.), *100 Jahre ZPO. Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1998, 191 (196). Im Laufe der Jahre wurde die Rolle des Richters weiter gestärkt und die Parteienmaxime entsprechend zurückgedrängt, s. Jürgen C. T. RASSI, § 180 ZPO, in: FASCHING / KONECNY (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/3*, 3. Aufl., 2015, Rz. 2.

anderes bestimmt ist, leitet sie Verfahren nicht auf Antrag, sondern von Amts wegen ein,<sup>107</sup> nimmt auch ihre Zuständigkeit und allfällige Befangenheiten amtswegig wahr,<sup>108</sup> entscheidet selbst, welche Beweise sie wie erhebt,<sup>109</sup> ob sie eine mündliche Verhandlung durchführt, unterbricht, vertagt, fortsetzt oder abschließt<sup>110</sup> und ob sie das Verfahren wegen einer Vorfrage aussetzt.<sup>111</sup> Jedenfalls führt sie das Verfahren zügig zu Ende<sup>112</sup> und entscheidet amtswegig, ob sie es wiederaufnimmt<sup>113</sup> oder einen rechtskräftigen Bescheid für nichtig erklärt<sup>114</sup>.

Wer ihr als Partei gegenübersteht, regelt das AVG scheinbar selbst: Partei sei, wer „an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt“ ist.<sup>115</sup> Das trifft sicher auf Personen zu, denen die Behörde Pflichten auferlegen will oder die z.B. eine Bewilligung beantragen. Wer aber sonst Parteistellung hat, bleibt nach der De-

<sup>107</sup> MERKL (Fn. 56), 181. Demgegenüber wird der Zivilprozess nur auf Antrag einer Partei eingeleitet (§ 226 ZPO), und dazu Andreas KONECNY, Einleitung, in: FASCHING / KONECNY (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1*, 3. Aufl., 2014, Rz. 6 ff.

<sup>108</sup> §§ 6 f. AVG. Die Parteien können die Zuständigkeit nicht ändern; ebenso wenig können sie Organe als befangen ablehnen, s. auch den Bericht des Verfassungsausschusses (Fn. 76), 10. Demgegenüber erlaubt § 104 JN Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich, und nach §§ 19-25 JN kann die Partei den Richter als befangen oder ausgeschlossen ablehnen.

<sup>109</sup> § 39 Abs. 2, § 43 Abs. 4, § 46 AVG. Demgegenüber ist der Zivilprozess von der Verhandlungsmaxime geprägt, sodass die Parteien die wesentlichen Tatsachen behaupten und beweisen müssen. Dieser Grundsatz ist allerdings zum einen durch die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien relativiert, zum anderen durch die materielle Prozessleitungspflicht der Richterin, die Beweise auch von Amts wegen aufnehmen kann (§ 183 Abs. 1 ZPO). Dennoch können Parteien unter bestimmten Voraussetzungen einvernehmlich verhindern, dass die Richterin die Vorlage bestimmter Urkunden anordnet oder Zeugen lädt (§ 183 Abs. 2 ZPO), näher RASSI, § 183 ZPO, in: FASCHING / KONECNY (Fn. 106), Rz. 1, 32.

<sup>110</sup> § 39 Abs. 2 AVG. Vgl. hingegen § 176 ZPO, wonach die Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich verhandeln.

<sup>111</sup> § 38 AVG. Auch im Zivilprozess liegt die Unterbrechung eines Verfahrens im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, sie kann aber unter bestimmten Voraussetzungen ebenso von den Parteien beantragt werden (§ 190 ZPO), näher Johann HÖLLWERTH, § 190 ZPO, in: FASCHING / KONECNY (Fn. 106), Rz. 77, 80.

<sup>112</sup> § 39 Abs. 2 letzter Satz AVG. Auch im Zivilprozess trifft den Vorsitzenden eine Beschleunigungspflicht (§ 180 Abs. 3 ZPO), näher Martin TRENKER, § 180 ZPO, in: KODEK / OBERHAMMER (Hrsg.), *ZPO-ON*, 2023, Rz. 4; RASSI, § 180 ZPO, in: FASCHING / KONECNY (Fn. 106), Rz. 71.

<sup>113</sup> § 69 AVG.

<sup>114</sup> § 68 AVG.

<sup>115</sup> § 8 AVG.

finition des AVG diffus.<sup>116</sup> Daher kommt es für die Parteistellung, anders als für die Zuständigkeit, gerade auf den Materien gesetzgeber an, und wir müssen bis heute hoffen, dass er explizit sagt, wer die Parteien des Verfahrens sind.<sup>117</sup> Die – wie immer bestimmte – Partei ist nach dem AVG kein Objekt des Verfahrens, sondern ein starkes Subjekt. Sie hat das seit LEMAYER postulierte Recht, im Verfahren gehört zu werden<sup>118</sup> und ihre Rechte zu verteidigen.<sup>119</sup> Dabei ist die Partei nicht nur anzuhören, um den Sachverhalt zu ermitteln, sie ist auch *zu* den Ermittlungen zu hören.<sup>120</sup> Die Behörde muss ihr Akteneinsicht gewähren,<sup>121</sup> auf ihre Beweisanträge eingehen,<sup>122</sup> sie zur mündlichen Verhandlung laden,<sup>123</sup> ihr die abschließende Entscheidung zustellen,<sup>124</sup> gegen die sie sich mit Berufung wehren kann.<sup>125</sup> Zudem kann die Partei sonstige Rechtsmittel – Wiederaufnahme, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Säumnisschutz<sup>126</sup> – nützen. Die Partei ist nach dem AVG nicht nur stark, sondern auch mündig, daher erwartet das AVG von ihr eine gewisse Disziplin. Versäumt sie eine ordnungsgemäß bekanntgegebene mündliche Verhandlung, so muss sie die Folgen tragen.<sup>127</sup> Bekämpft sie einen Bescheid, muss

<sup>116</sup> Statt aller Kurt RINGHOFER, Zur Frage der Parteistellung im Verwaltungsverfahren, in: *Der Jurist im steirischen Landesdienst, Fachzeitschrift der Vereinigung der rechtskundigen Landesbediensteten der Steiermark* 1984, Heft 2, 59 (76), nach dem § 8 AVG „lediglich [sagt], daß gewisse, aber nicht wirklich welche Interessen gewisser, aber nicht wirklich welcher Personen rechtlichen Schutz genießen und also deren Parteistellung begründen. Das ist sicher wenig. So wenig, daß es mit gleichem Recht als nichts bezeichnet werden kann.“

<sup>117</sup> Zur Bewährung des § 8 AVG zuletzt Lorenz DOPPLINGER, Beteiligung im Verwaltungsverfahren. Das Rechtsinstitut der Partei, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2026, 595 (599, 616 f.).

<sup>118</sup> § 37 (allgemeiner Zweck des Ermittlungsverfahrens), § 43 Abs. 2 und 3 (mündliche Verhandlung), § 45 Abs. 3 (Ergebnis der Beweisaufnahme), § 65 (Berufungsverfahren) AVG.

<sup>119</sup> § 63 (Berufung), § 69 (Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens), § 71 (Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), § 73 (Geltendmachung der behördlichen Entscheidungspflicht) AVG.

<sup>120</sup> § 45 Abs. 3 AVG.

<sup>121</sup> § 17 AVG.

<sup>122</sup> § 43 Abs. 4 letzter Satz AVG.

<sup>123</sup> § 40 Abs. 1, § 41 Abs. 1 AVG.

<sup>124</sup> § 62 AVG.

<sup>125</sup> § 63 AVG.

<sup>126</sup> §§ 69, 71, 73 AVG.

<sup>127</sup> Die Hauptpartei muss hinnehmen, dass die Verhandlung ohne sie stattfindet oder auf ihre Kosten an einen anderen Termin verlegt wird (§ 42 Abs. 3 AVG). Die

sie deutlich machen, warum sie ihn für rechtswidrig hält und welche Entscheidung sie stattdessen begehrt, sonst ist das Rechtsmittel erfolglos.<sup>128</sup>

#### 2.4. Formlos und effizient im Umgang

Aktive Behörden und starke Parteien kommunizieren miteinander – anders als im Zivilprozess – grundsätzlich formlos. Anbringen der Bürger:innen soll die Behörde nach dem AVG „soviel als möglich“ mündlich oder telefonisch erledigen.<sup>129</sup> Um den mündlichen Verkehr zu fördern, möge sie Beteiligte, die zufällig am Amtssitz sind, gleich zur Sache befragen, und die Behörde soll auch jede Dienstreise nützen, um vor Ort geeignete Erhebungen vorzunehmen.<sup>130</sup> Erst bei schriftlichen Ausfertigungen verlangt das AVG zum Schutz der Parteien eine gewisse Form: die Nennung der verantwortlichen Behörde, die Unterschrift des genehmigenden Organs und das Datum der Genehmigung.<sup>131</sup> Schreib-, Rechenfehler und andere offenbar auf einem Versehen beruhende Unrichtigkeiten kann die Behörde aber wiederum jederzeit von Amts wegen berichtigen.<sup>132</sup>

Auch die Partei darf sich mündlich an die Behörde wenden, soweit dies tunlich ist; nur fristgebundene Anträge und Rechtsmittel hat sie schriftlich einzubringen.<sup>133</sup> Unterlaufen dabei Formfehler, muss ihr die Behörde eine Chance zur Verbesserung geben,<sup>134</sup> und sie kann von der Vorlage einer Vollmacht in bestimmten Fällen auch ganz absehen.<sup>135</sup> Ansuchen, für die eine Behörde nicht zuständig ist, muss sie ungesäumt an die zuständige Stelle weiterleiten oder die Einschreiterin an diese Stelle

Nebenpartei verliert ihre Parteistellung, wenn sie nicht spätestens am Tag vor Beginn der Verhandlung Einwendungen erhoben hat (§ 42 Abs. 2 AVG).

<sup>128</sup> § 63 Abs. 3 AVG.

<sup>129</sup> § 18 Abs. 1 AVG. Vgl. demgegenüber § 74 ZPO, wonach die „eine Streitsache betreffenden, außerhalb der mündlichen Verhandlung vorzubringenden Anträge, Gesuche oder Mittheilungen“ grundsätzlich mittels Schriftsatz erfolgen, „soweit das Gesetz nicht ein Anbringen zu Protokoll gestattet“.

<sup>130</sup> § 18 Abs. 2 AVG.

<sup>131</sup> § 18 Abs. 4 AVG.

<sup>132</sup> Eine „bemerkenswerte Toleranz gegenüber *Formfehlern*“, wie MERKL (Fn. 56), 186, meint.

<sup>133</sup> § 13 Abs. 1 AVG.

<sup>134</sup> § 13 Abs. 3 AVG.

<sup>135</sup> § 10 Abs. 4 AVG.

verweisen.<sup>136</sup> Das AVG setzt damit erkennbar auf ein Verwaltungspersonal, das nicht nur dem Staat loyal ist, sondern sich ebenso mit der Bevölkerung identifiziert und daher den Rechtssuchenden wohlmeinend begegnet.<sup>137</sup>

Dieser formlose Umgang baut zum einen das Gefälle zwischen Verwaltung und Bevölkerung ab – wer sich zur Behörde begibt, dem darf es nicht so ergehen wie dem Landvermesser in KAFKAS Schloss. Zum anderen vermeidet das AVG Förmlichkeiten, weil sie das Verfahren aufhalten.<sup>138</sup> In diesem Sinn schärft das Gesetz den Behörden mehrfach ein, dass sie das Verfahren zweckmäßig, rasch, einfach und *kostengünstig* zu führen haben<sup>139</sup> – hier grüßt der Niederländer ZIMMERMANN!

### 2.5. Karg, aber einladend geregelte Ermittlungen

Das eigentliche Herzstück jeder Verfahrensordnung ist die Ermittlung des Sachverhalts. In diesem Punkt hält sich das AVG betont zurück, wissend, wie vielfältig die Verwaltung ist und wie empfindlich ihre Proponenten sind.<sup>140</sup> Nur wenige Pflöcke schlägt das AVG verbindlich ein: Im Ermittlungsverfahren soll die materielle Wahrheit festgestellt werden, und die Partei muss Gelegenheit erhalten, ihre Rechte und rechtlichen Interessen geltend zu machen;<sup>141</sup> verzichtbar ist ein Ermittlungsverfahren nur in eng umgrenzten Fällen.<sup>142</sup> Alles Weitere überlässt das AVG dem Materiengesetz.

Soweit dieses aber keine Regelungen trifft, schlägt das AVG geschickt

<sup>136</sup> § 6 Abs. 1 AVG.

<sup>137</sup> Eingehend zur Entwicklung dieses Habitus der Beamten in Österreich Michael THALER, Vom Wesen und Wert der Verwaltungsverfahrensgesetze, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2009, 433 ff., insb. 441, 449; s. ferner Clemens JABLONER, Art. 18 B-VG, in: BEZEMEK (Hrsg.), *Schönheit und Eleganz der Bundesverfassung – Ein literarischer Kommentar*, 2025, 133 (137). Auf der Linie dieses Habitus liegt auch der – mit BGBl. Nr. 199/1982 in das AVG eingefügte – § 13a, der die Behörden verpflichtet, anwaltlich nicht vertretene Parteien bei ihren Verfahrenshandlungen, wo nötig, anzuleiten und sie über die Rechtsfolgen ihrer Handlungen und Unterlassungen zu belehren.

<sup>138</sup> MANNLICHER / CORETH (Fn. 24), XLIV.

<sup>139</sup> § 18 Abs. 2, § 39 Abs. 2 letzter Satz, § 40 Abs. 1, § 66 Abs. 3, § 73 Abs. 1 AVG.

<sup>140</sup> MANNLICHER (Fn. 50), 365 f., 371 f.

<sup>141</sup> § 37 AVG.

<sup>142</sup> Nach § 56 AVG, wenn der Sachverhalt von vornherein klar gegeben ist, nach § 57 Abs. 1 AVG bei Gefahr im Verzug oder wenn Geldleistungen nach einem gesetzlich, statutarisch oder tarifmäßig feststehenden Maßstab vorgeschrieben werden.

weitere Pflöcke ein, die für die allermeisten Verwaltungsverfahren so passend sind, dass der Materiengesetzgeber auf eigene Vorschriften leicht verzichten kann: Ähnlich wie im Zivilprozess sind die Beweismittel unbeschränkt,<sup>143</sup> und die erhobenen Beweise sind frei zu würdigen.<sup>144</sup> Anders als im Zivilprozess ist der Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln.<sup>145</sup> Die Verwaltungsbehörde muss die Beweise außerdem nicht grundsätzlich selbst erheben, sie kann darum ebenso andere Behörden ersuchen.<sup>146</sup> Die mündliche Verhandlung ist nicht volks-, sondern nur parteiöffentlich,<sup>147</sup> und es ist der Behörde überlassen, ob sie überhaupt eine mündliche Verhandlung durchführt.<sup>148</sup> Wenn sie es tut, liefert ihr das AVG aber Regeln, die der Materiengesetzgeber kaum zweckmäßiger treffen kann.<sup>149</sup> Hier vereinheitlicht das AVG also nicht durch zwingendes Recht, sondern durch gute Regelungsangebote.

<sup>143</sup> § 46 AVG: „Als Beweismittel kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.“ Die ZPO postuliert die Unbeschränktheit der Beweismittel nicht ausdrücklich, sondern nennt (wie das AVG in §§ 47 ff.) als Beweismittel Urkunden (§§ 292 ff.), Zeugen (§§ 320 ff.), Sachverständige (§§ 351 ff.), Augenschein (§§ 368 ff.) und Parteienvernehmung (§§ 371 ff.). Der OGH ordnet „neue“ Beweismittel aber i.d.R. einer dieser Kategorien zu; Teile der Lehre deuten die Aufzählung der Beweismittel in der ZPO sogar von vornherein als nicht abschließend, m.w.N. Walter RECHBERGER, Vor § 266 ZPO, in: FASCHING / KONECNY (Hrsg.), *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/1*, 3. Aufl., 2017, Rz. 100. Insofern hat möglicherweise zuerst (bei der Nennung der Beweismittel) die ZPO das AVG beeinflusst, und dann wieder (bei der Ausdehnung möglicher Beweismittel) das AVG die Auslegung der ZPO.

<sup>144</sup> § 45 Abs. 2 AVG; vgl. auch § 272 ZPO.

<sup>145</sup> § 39 Abs. 2 AVG; s. zum Zivilprozess Fn. 109.

<sup>146</sup> § 55 AVG. Demgegenüber muss das erkennende Gericht im Zivilprozess nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz die Beweise in der mündlichen Verhandlung selbst aufnehmen. Die mittelbare Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter ist zwar möglich, soll aber die Ausnahme bleiben, näher RECHBERGER, § 276 ZPO, in FASCHING / KONECNY (Fn. 143), Rz. 3; RASSI, § 36 JN, in KODEK / OBERHAMMER (Fn. 112), Rz. 11, 13.

<sup>147</sup> § 40 Abs. 1, § 43 Abs. 1 AVG. Vgl. hingegen § 171 ZPO, wonach die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht öffentlich erfolgt (Abs. 1) und alle unbewaffneten Personen Zutritt haben (Abs. 2).

<sup>148</sup> § 39 Abs. 2 AVG. Vgl. hingegen § 176 ZPO, wonach die Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich verhandeln.

<sup>149</sup> In den Worten MANNLICHERS (Fn. 50), 372, regelt das AVG die mündliche Verhandlung so, dass sie der Behörde „in den meisten Fällen als der einfachste und rascheste [Weg] zur Erledigung einer anhängigen Verwaltungssache erscheinen wird.“

## 2.6. *Beständige Bescheide und wirksamer Rechtsschutz*

So vorsichtig und sensibel das AVG das Beweisverfahren steuert, so entschlossen regelt es behördliche Entscheidungen und den Rechtsschutz.<sup>150</sup>

Dabei räumt das AVG zuerst mit begrifflichen Differenzierungen auf, die sich als fruchtlos erwiesen haben: Bis zum AVG erließen Behörden „Verfügungen“ oder „Entscheidungen“,<sup>151</sup> die dann mit „Rekurs“, „Berufung“ oder „Beschwerde“<sup>152</sup> zu bekämpfen waren, und für jedes Rechtsmittel galten andere Fristen.<sup>153</sup> Diese Verwirrspiele hören nun auf: Nach dem AVG erlässt die Behörde Bescheide;<sup>154</sup> sie sind einheitlich binnen 2 Wochen mit Berufung bekämpfbar,<sup>155</sup> der aufschiebende Wirkung zukommt, wenn die Behörde nicht im Einzelfall aus dringenden Gründen anderes bestimmt.<sup>156</sup> Mehr Varianz benötigt die Verwaltung nicht. Insofern ist das AVG tatsächlich ein „Gesetz zur Vereinfachung der Verwaltung“.

Sodann sorgt das AVG für Beschleunigung, war doch die Langsamkeit und Umständlichkeit der Verwaltung vielfach beanstandet worden.<sup>157</sup> Am schwersten schädigen Behörden die Partei oft freilich,

<sup>150</sup> MANNLICHER (Fn. 50), 366 f.

<sup>151</sup> Dabei waren Verfügungen konstitutiv, Entscheidungen hingegen deklarativ, doch die Unterschiede waren, wie MERKL (Fn. 56), 184 betont, so „fließend und zweifelhaft“, dass es „gänzlich überflüssig ist, in der verfahrensmäßigen Behandlung [...] irgendwelche Unterscheidungen zu machen“.

<sup>152</sup> Für die verschiedene Bezeichnung dieser Rechtsmittel ließ sich allerdings, so TEZNER (Fn. 42), 304, keine inhaltliche Begründung finden.

<sup>153</sup> Laut MANNLICHER / CORETH (Fn. 24), XXXI, reichte die Spannweite von „sofort“ bis „60 Tage“; Beispiele bei TEZNER (Fn. 8), 259 ff.

<sup>154</sup> § 56 AVG.

<sup>155</sup> § 63 Abs. 5 AVG.

<sup>156</sup> § 64 AVG.

<sup>157</sup> So z.B. bei TEZNER (Fn. 22), 51, und in den von KOERBER beauftragten Studien über die Reform der inneren Verwaltung (Fn. 46), 3. Besonders anschaulich sind ferner die Schilderungen im Rahmen der Enquete vor der Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform (Fn. 47). Dort berichtet z.B. Anton GÓRSKI: „[D]ie Expositur für Wildbachverbauungen verkehrt mit der Statthalterei, obwohl sie in demselben Gebäude untergebracht ist, per Note. Das ist doch schrecklich!“ (Punkt 1662). Heinrich BETTER übertrifft dies noch: „Wir haben es erlebt, daß zwei Beamte, die in zwei Räumen nebeneinander sitzen, schriftlich miteinander verkehren“; auch das Telefon werde nicht zeitgemäß genutzt, ja man fasse einen „telephonischen Aufruf [...] geradezu als Übergriff des gewöhnlichen Sterblichen [auf].“ (Punkt 509). Josef STÖCKLER beklagt, dass zwei Sprengel zweieinhalb Jahre lang keinen Arzt hatten, weil über einen Rekurs betreffend

wenn sie gar keine Entscheidung erlassen.<sup>158</sup> Sie müssen daher, so sagt das AVG, ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber binnen sechs Monaten entscheiden.<sup>159</sup> Andernfalls kann die Partei die säumige Behörde blamieren, indem sie die Rechtssache vor die Oberbehörde bringt,<sup>160</sup> die ihrerseits „unter dem unmittelbaren Drucke der politischen Verantwortlichkeit“ steht.<sup>161</sup>

Der Beschleunigung des Verfahrens dient sodann, dass die Behörde Vorfragen möglichst selbst beurteilen soll,<sup>162</sup> dass bloß verfahrensleitende Anordnungen nicht gesondert mit Berufung bekämpfbar sind,<sup>163</sup> und dass die Berufungsbehörde rechtswidrige Bescheide nicht mehr kassieren, sondern grundsätzlich in der Sache entscheiden, den Fall also endgültig erledigen soll.<sup>164</sup> Anders als im Rechtsmittelgesetz 1896 vorgesehen, darf die Berufungsbehörde einen Bescheid insbesondere nicht nur deshalb aufheben, weil seine Rechtsmittelbelehrung fehlerhaft war.<sup>165</sup> Das AVG löst dieses Problem viel zweckmäßiger, indem es sicherstellt, dass die fehlerhaft belehrte Partei das Rechtsmittel erheben kann, wenn sie der wahren Rechtslage oder der irrtümlichen Rechtsmittelbelehrung folgt.<sup>166</sup>

Das AVG beschleunigt die Bescheiderlassung nicht nur, es sorgt auch

die Verlegung des Arztsitzes nicht entschieden wurde: „Ich war dreimal im Ministerium des Innern, der Akt ist aber immer in dem gleichen Stoß gelegen.“ (Punkt 744).

<sup>158</sup> Im Rahmen der Enquete der Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform (Fn. 47) beklagten die Experten sogar ein „System der konsequenten Rechtsverweigerung“ (Punkt 555). Jede Behörde könne „das theoretische Beschwerderecht der Partei dadurch vereiteln, daß die Akten [...] nicht vorgelegt oder von der Oberbehörde nicht erledigt werden“ (Punkt 2153). Dabei sei es „[...] in der Regel [...] der betreffenden Bevölkerung nur darum zu tun, eine Entscheidung zu bekommen, mag sie nun so oder so ausfallen“ (Punkt 730).

<sup>159</sup> § 73 Abs. 1 AVG.

<sup>160</sup> § 73 Abs. 2 AVG; MERKL (Fn. 43), 255 f.

<sup>161</sup> MANNLICHER (Fn. 50), 375.

<sup>162</sup> § 38 AVG.

<sup>163</sup> § 63 Abs. 2 AVG. Auch insoweit lernt das AVG von der ZPO: SCHÖNIGER-HEKLE (Fn. 7), 122.

<sup>164</sup> § 66 Abs. 4 AVG. Nur wenn die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich ist, darf die Berufungsbehörde die Sache zurück an die Unterbehörde verweisen (§ 66 Abs. 2 AVG); sie kann die Verhandlung aber auch selbst durchführen, wenn dies Zeit und Kosten erspart (§ 66 Abs. 3 AVG).

<sup>165</sup> § 3 Rechtsmittelgesetz 1896. Die „umständliche, übrigens auch verworrene Regelung“ der Rechtsmittelbelehrung in diesem Gesetz kritisieren schon die von KOERBER in Auftrag gegebenen Studien über die Reform der inneren Verwaltung (Fn. 46), 19.

<sup>166</sup> MERKL (Fn. 56), 185, sowie § 61 Abs. 2-4, § 71 Abs. 1 lit. b AVG.

für Rechtssicherheit: Zunächst sind Bescheide ausdrücklich als solche zu bezeichnen und so zu verfassen, dass die Partei verlässlich weiß, was die Behörde warum verfügt und welches Rechtsmittel dagegen in welcher Frist offensteht.<sup>167</sup>

Gänzlich neu regelt das AVG sodann die bis dahin überaus strittige Frage, ob ein Bescheid in Rechtskraft erwächst und wenn ja, ob und unter welchen Voraussetzungen sie durchbrochen werden kann.<sup>168</sup> Dem AVG gelingt hier ein fein austarierter Mittelweg zwischen den Interessen der Partei und öffentlichen Interessen: Bescheide erwachsen grundsätzlich in Rechtskraft; sie kann aber – vereinfacht gesagt – durchbrochen werden, wenn aus dem Bescheid niemandem ein Recht erwachsen ist, wenn schwerwiegende öffentliche Interessen es unbedingt erfordern oder wenn der Bescheid an gravierenden Rechtswidrigkeiten leidet, die teils das AVG, teils der Materiengesetzgeber festlegt.<sup>169</sup> Da jede dieser Voraussetzungen im Einzelfall strittig sein kann, verliert der Bescheid seine Wirkung erst, wenn die zuständige Behörde ihn für nichtig erklärt.<sup>170</sup>

Angelehnt an den Zivilprozess ermöglicht das AVG schließlich die – bis dahin völlig unregelte<sup>171</sup> – Wiederaufnahme des Verfahrens<sup>172</sup> und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand<sup>173</sup>.

<sup>167</sup> §§ 58-60 sowie § 61 Abs. 1 AVG. Die Begründung des Bescheides darf nur entfallen, wenn die Behörde dem Standpunkt der Partei vollinhaltlich Rechnung trägt und nicht über Einwendungen oder Anträge anderer Parteien abspricht (§ 58 Abs. 2 AVG).

<sup>168</sup> BERNATZIK und MERKL vertraten zur Rechtskraft entgegengesetzte Positionen; nach MANNLICHER / CORETH (Fn. 24), XLIII, wird das AVG beiden gerecht. Rechtstheoretisch folgt das AVG aber MERKL in der Prämisse, dass ein Rechtsakt nur unter den in Rechtsakten höherer Stufe bestimmten Bedingungen geändert werden kann: MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923; DERSELBE (Fn. 56), 188 ff., sowie (Fn. 43), 250 ff.

<sup>169</sup> § 68 AVG.

<sup>170</sup> MANNLICHER / CORETH, *Das Verwaltungsverfahren*, 2. Aufl. 1927, 106; MANNLICHER (Fn. 50), 376 f. Die teils vertretene Meinung, die in § 68 AVG genannten Gründe begründeten ausnahmsweise (Ludwig ADAMOVICH, *Österreichisches Verwaltungsverfahren*, 1926, 121 zu § 68 Abs. 4 lit. d AVG) oder sogar überwiegend (Demeter KOROPATNICKI, *Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1927, 150) eine absolute Nichtigkeit, hat sich nicht durchgesetzt.

<sup>171</sup> MANNLICHER (Fn. 50), 373.

<sup>172</sup> §§ 69 f. AVG: Der Bescheid wurde durch gerichtlich strafbare Handlung herbeigeführt oder sonst wie erschlichen; Hervorkommen neuer entscheidungserheblicher Tatsachen oder Beweismittel, die ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht wurden; eine entscheidungserhebliche Vorfrage wurde von der zuständigen Behörde anders entschieden als von der bescheiderlassenden Behörde.

<sup>173</sup> §§ 71 f. AVG: Versäumung einer Frist oder Verhandlung ohne Verschulden der

2.7. Fazit: Die Vereinheitlichung im AVG ist klug skaliert (und teils nur ein Nebenprodukt)

Ein einheitliches Verwaltungsverfahren begegnet in Österreich, wie dargelegt, ursprünglich drei Einwänden: Die Verwaltung entziehe sich der Verrechtlichung, ihre Vielfalt sperre sich gegen eine Vereinheitlichung, und die Pluralität der Gesetzgeber verhindere eine politische Einigung. Die Skepsis gegen die Verrechtlichung der Verwaltung hat die Verfassung 1920 durch ihr striktes Legalitätsprinzip gebrochen. Ebenso hat sie die Pluralität der Gesetzgeber durch eine Bundeskompetenz überwunden. Dass die Vielfalt der Verwaltung einheitlichen Verfahrensregeln nicht im Weg stehen muss, war schon zuvor durch die Judikatur des VwGH erwiesen. Dass solche Regeln nicht nur für die Bürger:innen wertvoll, sondern auch für die Verwaltung nützlich sind, zeigte sich schließlich nach 1920 in der mittelbaren Bundesverwaltung. Das AVG bestätigt diese Einsicht; sein Erfolgsrezept ist, wie ich glaube, eine klug skalierte Vereinheitlichung.

Dabei hilft zunächst die Einsicht, dass in einem Gesetz wie dem AVG Anwendungsbereich und Regelungstiefe korrelieren. Wer wie Österreich ein Verfahrensgesetz für fast alle Behörden will, muss sich auf Grundfragen beschränken, die sich quer über alle Materien gleich beantworten lassen.

Auf drei Regelungsbereiche trifft das fraglos zu. Zunächst auf rechtsstaatliche Garantien, wie das Parteiengehör und seine Folgerechte – sie müssen in jeder Materie gelten, weil es im Rechtsstaat keine Enklaven gibt. Materienübergreifend etablieren lassen sich weiters Regeln, die in jedem Verfahren nützlich sind und sich im Zivilprozess schon bewährt haben: Fristen, Unbeschränktheit der Beweismittel, freie Beweiswürdigung, Wiederaufnahme des Verfahrens und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand – alles spricht dafür, hier von älteren Verfahrensordnungen zu lernen. Dasselbe gilt schließlich, nur mit umgekehrtem Vorzeichen, für Grundsätze, die spezifisch dem Verwaltungszweck dienen und sich insofern vom Zivilprozess absetzen: Die Formlosigkeit des Verfahrens, der Grundsatz der materiellen Wahrheit und das Inquisitionsprinzip schützen das Proprium der *Verwaltung* und sollten daher ebenfalls ma-

Partei aufgrund eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses; Versäumung einer Berufungsfrist aufgrund fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung.

terienübergreifend konsensfähig sein. Rechtsstaatliche Grundsätze, allgemein nützliche Verfahrensregeln und Regeln, die spezifisch dem Verwaltungszweck dienen, führen also mühelos, ja fast nebenher, zu einer Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens. Denn genau genommen ist die Vereinheitlichung hier nur ein Nebeneffekt des Ziels, ein rechtsstaatliches und zweckentsprechendes Verfahren zu etablieren.

Leicht umzusetzen sind Vereinheitlichungen ferner, wenn verfahrensrechtliche Differenzierungen eher zufällig und ohne Bezug zur Materie entstanden sind, wie die Vielzahl verschiedener Rechtsmittelarten und -fristen in der Monarchie. Sie waren nur die Folge einer zersplitterten Rechtssetzung, die Blüten trieb, ohne erkennbaren Nutzen zu stiften – umso leichter konnte das AVG sie abwerfen.

Heikler, aber ebenfalls sinnvoll ist die Lösung typischer Konflikte zwischen öffentlichen Interessen und Interessen der Partei, wie bei der Rechtskraft. Gelingt hier ein guter Kompromiss, spricht alles dafür, ihn materienübergreifend anzuwenden. Dasselbe gilt für originelle Lösungen alter Probleme, wie sie das AVG beim Säumnisschutz etabliert hat.

All diese Felder nützt das AVG und schafft damit teils beiläufige, teils echte Vereinheitlichungen. Wo materienübergreifende Regelungen auf Widerstand stoßen können, setzt das AVG hingegen auf subtilere Techniken: Entweder stellt es dann eine Regel auf und erlaubt dem Materiengesetzgeber Abweichungen. Oder es lässt – vorsichtiger – dem Materiengesetzgeber den Vortritt, macht aber für den Fall, dass er schweigt, ein gut sortiertes Regelungsangebot: Auch das kann eine Vereinheitlichung bewirken, wenn der Materiengesetzgeber es will.

Manchmal muss man freilich einsehen, dass schon der Versuch einer Vereinheitlichung das Gesamtprojekt gefährden kann. Dann ist Pragmatismus angezeigt. Daher nimmt das EGVG aus dem AVG einzelne Materien gänzlich aus, und das AVG wiederum regelt von vornherein nur das Bescheidverfahren und lässt andere Hoheitsakte beiseite.

Gut skaliert, ist die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens also weniger spektakulär und auch weniger schwer als sie zunächst erscheint. Dass Österreich das AVG zuwege gebracht hat, liegt daher nicht nur am historischen Spardruck, an der eigenwilligen Bundesstaatlichkeit und dem strikten Legalitätsprinzip des B-VG, an den Vorarbeiten des VwGH und der Wissenschaft, sondern ein gutes Stück auch am Pragmatismus, das zu vereinheitlichen, was sich eben vereinheitlichen lässt. Das größte Verdienst des AVG besteht meines Erachtens darin, gezeigt

zu haben, dass sich rechtsstaatliche Standards und klug austarierte Verfahrensinstrumente für die Verwaltung über die Grenzen der Materien und der Bundesländer hinweg etablieren lassen. So trägt das AVG dazu bei, dass die Verwaltung des österreichischen Bundesstaats nicht auseinanderläuft. Vor allem aber sichert es, was Clemens JABLONER treffend die „Erstversorgung der Bevölkerung mit Recht“ nennt – und das kann auch über die Grenzen Österreichs hinaus beachtlich sein.



# THE AUSTRIAN AVG IN THE EUROPEAN CONTEXT

*Lukáš Potěšil\**

## 1. *Why Brno?*

At the very beginning, I consider it appropriate to make a few brief remarks and justifications as to why the Czech Republic and Brno (and the local law faculty) have the honour of hosting the XVIIth Congress of *Societas Iuris Publici Europaei* (SIPE), whose central motif was the Austrian codification of the administrative procedure from 1925.

Although Masaryk University (and its law faculty), located in Brno, was established shortly after the establishment of independent Czechoslovakia,<sup>1</sup> it collaborated scientifically with Austrian colleagues. A prominent representative of the Brno law faculty, Prof. František Weyr (1879-1951), maintained contacts with Prof. Hans Kelsen (1881-1973),<sup>2</sup> and significantly contributed to the establishment of the so-called (Brno) normative theory of law,<sup>3,4</sup> based on/coming from Kelsen's pure legal doctrine (*Reine Rechtslehre*). Another proof of cooperation, but also "influence", is the fact that, at the instigation of F. Weyr, the famous (and then quite up to date) textbook on administrative law by the prom-

\* Lukáš POTĚŠIL, Ph.D., Associate Professor, Department of Administrative Studies and Administrative Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic.

<sup>1</sup> Act No. 50/1919 Coll. established it as the second Czech university. With its name, it openly acknowledges the person of the first president of Czechoslovakia, T. G. Masaryk (1850–1937), as well as the values he embodied. For this reason, the university did not bear his name during the period of communist totalitarianism from 1960 to 1990.

<sup>2</sup> On this, cf. the recently published publication compiled by Prof. František Weyr's student Prof. Vladimír KUBEŠ, *Hans Kelsens und Franz Weyr's Leben und Werk. Einige Skizzen*, Brno, 2024, <https://science.law.muni.cz/knihy/monografie/kelsens-und-weyrs.pdf> (last accessed 27 October 2025). It was Prof. Vladimír Kubeš (1908–1988) who closely cooperated with the Hans Kelsen Institute in Vienna (cf. the following note) and even lectured at the law faculty there in the 1970s.

<sup>3</sup> Vladimír KUBEŠ / Ota WEINBERGER (eds.), *The Brünner rechtstheoretische Schule (Normativer Teil)*, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts Band 5, Wien, 1980.

<sup>4</sup> Apparently, this fact also contributed to the law faculty being closed down after the communist coup of 1948 in 1950; re-opened in 1969: Ladislav VOJÁČEK, *Glosa o důvodech zrušení brněnské právnické fakulty ve světle snaby o její obnovení v polovině padesátých let*, 724, <https://munispace.muni.cz/library/catalog/view/2174/6361/3745-1/0#preview> (last accessed 27 October 2025).

inent Austrian scholar of administrative law A. Merkl was translated into Czech at the Brno Faculty of Law in the 1930s, which became more easily accessible for future generations of readers.

Not only in the environment of the Brno Faculty of Law, but generally in the entire Czechoslovak theory of administrative law after 1918, broad evidence indicates common Austrian roots,<sup>5</sup> but also knowledge of post-war developments in Austria.<sup>6</sup>

Under these conditions and circumstances, Austrian legislation undoubtedly had its influence (not only) on the Czechoslovak legislation adopted at the beginning of 1928. This leads us to our own contribution.

## 2. Hypothesis and research questions

The article focuses on the impact and influence of the Austrian administrative procedure law of 1925, also known as the *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* (AVG), in a broader (primarily Central) European context.

The text aims to define the AVG not as an exclusively national legal regulation, but as a legal instrument of European significance. For this purpose, the contribution focuses on the AVG from the perspective of its possible influence on the adoption of similar legislation in neighbouring and, eventually, more distant European countries.

The contribution certainly does not aim to be a detailed analysis of the AVG itself,<sup>7</sup> nor of individual administrative procedure codes as they

<sup>5</sup> In various articles, studies, monographs and textbooks, there were not only references to common Austrian laws and their development, the case law of the Administrative Court in Vienna, various theories and approaches, but also to important figures of Austrian legal science of that time (in addition to the already mentioned Merkl, there were, e.g., Tezner, Bernatzik, and others) and their works. Moreover, the system of Austrian administrative justice from 1876 and its procedural regulation, the so-called October Act No. 36 of 1875, was applied in the territory of Czechoslovakia until 1952: Lukáš POTĚŠIL / Filip KŘEPELKA, Administrative Procedure Legislation in Czechoslovakia, in: DELLA CANANEA / FERRARI ZUMBINI / PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative procedure. Diffusion and Oblivion (1920–1970)*, Oxford, 2023, 86–99.

<sup>6</sup> Just for the sake of interest: the Austrian Administrative Code of 1925 (AVG) was translated into Czech and even published in the official Bulletin of the Czechoslovak Ministry of the Interior.

<sup>7</sup> See in current literature, for example, Giacinto DELLA CANANEA /Angela FERRARI

were gradually adopted (not only) in Europe.<sup>8</sup> On the contrary, the contribution seeks to evaluate the place and contribution of Austrian legislation from a more general perspective, considering the influence and place of the AVG within the framework of so-called Europeanization.<sup>9</sup>

For this purpose, this contribution formulates an initial hypothesis: the AVG is not exclusively an “isolated” legal regulation – a national administrative procedure code –, but a tool leading to Europeanization and unification in the field of administrative (procedural) law. It is also possible to add sub-questions. When we try to formulate these questions the significant role of the AVG in relation to (many) individual national legal regulations contained in the administrative procedure codes becomes quite clear. The first question may be whether the AVG represents an explicitly national legal regulation, or whether it exceeds this traditional and expected format of national legal effects. Another question can be asked, in close connection with the organizers’ symbolically chosen subtitle of the conference block, whether the AVG can be described as the “mother” (or “father”), or rather the inspirational basis for later legal regulations represented by the administrative procedure codes?

### 3. *The AVG from the perspective of the successor states of the Monarchy in the Central European region*

The AVG did not arise in a vacuum. The Austro-Hungarian Mon-

ZUMBINI / OTTO PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and Oblivion (1920-1970)*, Oxford, 2023.

<sup>8</sup> See, for example, the comparative study by Jean-Bernard AUBY (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, Brussels, 2014, or in relation to the Czech and Hungarian Administrative Code from the current period Attila VINCZE, *Der Einfluss des AVG auf die Verwaltungsverfahrenrechtskodifikation in Tschechien und Ungarn – eine spurlose Rezeption?* in: *JUSTIN Working Paper Series*, 1 (2025), [https://justin.law.muni.cz/media/3817518/vincze\\_der-einfluss-des-avg-auf-die-verwaltungsverfahrenrechtskodifikation-in-tschechien-und-ungarn-eine-spurlose-rezeption-2025.pdf](https://justin.law.muni.cz/media/3817518/vincze_der-einfluss-des-avg-auf-die-verwaltungsverfahrenrechtskodifikation-in-tschechien-und-ungarn-eine-spurlose-rezeption-2025.pdf) (last accessed 30 October 2025).

<sup>9</sup> The concept of “Europeanization” is quite broad. For the purposes of this contribution, I do not perceive it only in relation to the European Union, but in general to Europe as such. Therefore, I understand this concept as a process in which national law, institutions and legal culture change under the influence not only of other legal systems in Europe, but also of European integration and European Union law. In this context (but not in this context alone), cf. e.g. the interesting Polish publication by Roman HAUSER et al, *System prawa administracyjnego. Tom 3. Europeizacja prawa administracyjnego*, Warszawa, 2014.

archy was a complex (and not only) legal organism until its dissolution in 1918. Within this structure, namely in the Austrian part of the Monarchy, also known as Cisleithania,<sup>10</sup> not only legislation was created, but also common or very similar and closely connected legal science, judicial institutions, and administrative practice. The existence of the Administrative Court in Vienna, moreover, staffed by lawyers from various parts of the Austrian part of the monarchy, undoubtedly contributed to the homogenization of the legal environment and created a certain “common core” of procedural administrative law, which persisted even after 1918. Moreover, the absence of a formal codification of the procedure was exacerbated by the explicit legal authorisation of the Administrative Court in Vienna to annul an individual administrative decision because it violated the rules of procedure.<sup>11</sup>

The adoption of a general regulation of administrative procedure in Austria was essentially a “matter of time”, or rather, finding the right moment;<sup>12</sup> it was similar in the newly established states in the Central European region after the First World War. We must add the ties of the states of the former Habsburg monarchy, whose (not only) legal environment developed in close interdependence.

Let us ask ourselves whether the reasons outlined above that led to the adoption of the AVG were the same as in the case of other codifications in other countries.

When the monarchy collapsed, the new states (Czechoslovakia, Po-

<sup>10</sup> This term is associated with the name of the Leitha River, which marked the border between Austria and Hungary.

<sup>11</sup> According to Section 6 of the so-called October Act No. 36 of 1875, the reason for annulling the contested decision was, among other things, a substantial violation of the forms of procedure. The problem, however, was that it was not clear which were the essential forms of administrative procedure, which created room for case law.

<sup>12</sup> In older literature, we find many references to how efforts were already being made to adopt legal regulation and eliminate the shortcomings in the time before the First World War. The adoption of the Administrative Code must be seen in a narrow context, or rather as the culmination of long-term efforts: e.g. J. PRAŽÁK, *Rakouské právo správní. Část první. Obecná část práva správního*, Praha, 1905, 148–149. The consequences of the First World War had a negative impact mainly in the states that were not on the winning side, where they led to economic problems. The League of Nations and the demands for a simplification of the administration played a role in the adoption of the AVG: Stefano MANNONI, *The Habsburg Empire, the Austrian Republic, and the League of Nations*, in: DELLA CANANEA / FERRARI ZUMBINI / PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative procedure. Diffusion and Oblivion (1920–1970)*, Oxford, 2023, 191–194, and the literature cited therein.

land, Yugoslavia) faced similar problems: their legal environment was geographically fragmented, in addition, it often contained parallel and mutually incompatible regulations. Therefore, there was a very strong demand for unification of the legal system/order and rules for the entire territory of the newly created states. The need to adopt a unified administrative procedure code was therefore not only a technical but also a political issue.<sup>13</sup>

The adoption of the Czechoslovak Administrative Procedure Code (13 January 1928), the Polish Administrative Procedure Code (22 March 1928), or the Yugoslav Administrative Procedure Code (9 November 1930) demonstrates that the reasons for introducing a uniform procedural regulation were largely identical: the need to unify the existing fragmented legal regulations in the field of procedural administrative law. In addition, there was a demand for unification and overcoming the different legal regimes in force on the territories of each of the new states. It is therefore not surprising that after the collapse of the monarchy, the renewed states as well as the newly established independent states Czechoslovakia, Poland, and Yugoslavia – sought support in the Austrian legal tradition and adopted their own regulation of administrative procedure very shortly after the adoption of the AVG in 1925. At the same time, the circumstances of being so-called successor states could often have meant that for “political” reasons, it was not possible to openly acknowledge the inspiration of the AVG, even though it was completely evident, understandable and, for the reasons mentioned above, completely logical. It is difficult to expect completely different solutions, which were adopted in principle in the very near future, given the existence of completely identical or very similar entry conditions, theories, and approaches.

If we look at the chronology of the adoption of administrative procedure codes in various European states, then the special place of the Central European region is quite evident, especially the so-called successor states after the collapse of the Austrian monarchy in 1918. It is also evident that the process of adopting individual administrative procedure codes was not a “one-off”, but rather a gradual and continuous process, influenced by a number of factors. For example, Hungary adopted its

<sup>13</sup> Czechoslovakia adopted the Austrian model relatively early (1928), partly as a symbol of discontinuity with the Hungarian legal system applied on the territory of Slovakia and Subcarpathian Ruthenia, and partly as a means of unifying different legal traditions and legislations.

Administrative Procedure Code in 1957, and other states much later.<sup>14</sup> It is certainly a very interesting question which, however, significantly exceeds the scope of this contribution, whether the original Administrative Procedure Code survived or was gradually replaced by further legal regulation, and what reasons led to this step.

In any case, the Austrian AVG became more than just a “domestic” regulation: it became a kind of catalyst for legal unification in Central Europe.

#### 4. *If we say Administrative Procedure Code ...*

The term “Administrative Procedure Code”<sup>15</sup> usually means a legal regulation that focuses on regulating the performance of administrative activities by administrative authorities.<sup>16</sup>

Although each administrative procedure code contains specifics of the legal regulation, it can still be stated that such a law usually refers to the general legal regulation of procedure conducted by administrative authorities.<sup>17</sup>

In some administrative procedure codes, this is a single procedure, usually referred to as an administrative proceeding, in which rights and obligations in the field of public administration are decided upon and

<sup>14</sup> Without claiming to be complete, we can mention, for example, Germany in 1976, Italy in 1990, or France in 2015.

<sup>15</sup> We come across various terms and their abbreviations usually used to refer to administrative procedural law. These are various “mutations” of English terms such as Administrative Procedure Code / Act (e.g. APA in the USA), Code of Administrative Procedure, General Administration Law Act (GALA in the Netherlands) or General Administrative Procedure Code (GAPA). The text of the article uses the traditional abbreviation AVG for the Austrian Administrative Procedure Code. The abbreviation VwVfG is also used abroad for the federal Administrative Code in German; in Polish, the abbreviation KPA (Kodeks postępowania administracyjnego). In most states of the former Yugoslavia, the abbreviation is ZUP (Zakon o upravnem postopku).

<sup>16</sup> It is this aspect that Auby considers to be key to the whole of administrative law. According to him, “*We sometimes – at least in some traditions – tend to think that what is at the core of administrative law is judicial review, contentious devices for administrative monitoring authorities. This is not true: what is central to administrative law is the daily functioning of administration, and its daily relationship with citizens*”: Jean-Bernard AUBY (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2014, 1.

<sup>17</sup> Jean-Bernard AUBY (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2014, 2.

an administrative decision or act is issued. In other administrative procedure codes, it may also involve other procedural forms of implementation than the (individual) administrative act or decision such as, for example, various communications, statements, assessments or opinions, special measures<sup>18</sup> or (public law) contracts.

The term “Administrative Procedure Code” or one of its traditionally used abbreviations is usually understood as the legal regulation of primarily administrative procedure, often associated with its subsidiary nature.

The key significance of the AVG lies in the fact that it gave the concept of “administrative procedure” a very specific content. This statement can be made even though historically the AVG was not the very first pertinent legal regulation.<sup>19</sup> Although it is not appropriate to speak of historical primacy, the significance of the AVG is nevertheless obvious. The AVG was one of the first comprehensive codes of administrative procedure in Europe.<sup>20</sup> The fact that it was adopted in Austria, with which other European states were previously associated, played a significant role.

First of all, it can be stated that the Administrative Procedure Code, through its content and legal regulation, creates the basic rules of public administration activities in the legal form of administrative proceedings.

However, this fact must also be seen in the necessary context of legal developments in the 19<sup>th</sup> century, when the judiciary was separated from the administration in the Austrian Empire.<sup>21</sup> It was this fact that led to the need for comprehensive legal regulation (also modelled after judicial procedural regulations). The adoption of the Administrative Procedure Code thus confirms the contemporary perspective of the separation of the judiciary from the administration (and vice versa). From the point of view of law, the Administrative Procedure Code, with its existence

<sup>18</sup> Known as the so-called *Allgemeinverfügung* from the *VwVfG* or a measure of a general nature according to the Czech Administrative Code of 2004.

<sup>19</sup> Although Spain adopted its administrative code as early as 1889 and Liechtenstein in 1922, the Austrian model was characterized by systematicity, legal precision, and the strong influence of administrative justice.

<sup>20</sup> Jean-Bernard AUBY (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, Bruxelles, 2014, 5.

<sup>21</sup> Based on the so-called December Constitution and the State Basic Law on Judicial Power No. 144 of 1867 (RGBl. [Reichsgesetzblatt – the legal gazette of the Austrian part of the Monarchy] 1867/144).

and content, also contributes to greater clarity, predictability, and legal certainty, not only for the addressees of public administration. Unsurprisingly, the positive aspect of the adoption of the codification of administrative procedure is that “*the introduction of a precise formal process before administrative authorities is considered a significant step on the path to the so-called rule of law.*”<sup>22</sup>

The Administrative Procedure Code not only regulates administrative procedure and helps to clarify the legal regulation (especially due to its nature as a *lex generalis*), it also serves as an aspect of systematization and simplification of the performance of public administration. The demand for simplification was very strong in post-war Austria as well as in Czechoslovakia. Basically, this has not changed to this very day.<sup>23</sup>

The Administrative Procedure Code is generally not just a “technical” regulation, a set of standards regulating procedural rules. Thanks to its existence and its content, it is possible to conduct administrative proceedings, participate effectively in them, but also to learn about and research them theoretically. Its purpose is, in my opinion, broader and can understandably vary in different conditions and environments.

Another aspect of the Administrative Procedure Code is that it can have a clear codifying and unifying function, unifying not only the previously fragmented legal regulations,<sup>24</sup> which were the case with the “first” administrative procedure codes, but also several previously distinct legal systems, which was the case of administrative procedure codes especially after World War I. In relation to the system of administrative law, which is quite extensive, the existence of the administrative procedure code ensures its systemic coherence, and so-called internal systemic cohesion.<sup>25</sup>

The relationship of the Administrative Procedure Code to the admin-

<sup>22</sup> Josef KLIMENT / Egon ZEIS, *Československé správní řízení*, Praha, 1937, 2.

<sup>23</sup> Lukáš POTĚŠIL / Krisztina ROZSNYAI / Jan OLSZANOWSKI / Matej HORVAT, Simplification of Administrative Procedure on the Example of the Czech Republic, Poland, Slovakia, and Hungary (V4 Countries), in: *Administrative Sciences* 1 (2021), 1–13, <https://doi.org/10.3390/admsci11010009> (last accessed 31 October 2025).

<sup>24</sup> From this perspective, it is not surprising that F. Weyr states on a Czechoslovak Administrative Procedure Code that “*the procedural principles and principles introduced by it do not mean – at least as a rule – anything new, but rather coincide with the principles and principles previously recognized as valid, created many times, if not included inconsistently in various administrative laws, by the constant practice of administrative authorities and the jurisprudence of the administrative court.*”: František WEYR, *Správní řád*, Brno, 1930, 24.

<sup>25</sup> Petr PRŮCHA, *Správní právo. Obecná část*, 9th. ed., Brno, 2024, 37.

istrative judiciary and the regulations, and standards governing it cannot be ignored. As already indicated above, the existence of the Administrative Procedure Code is important from the point of view of the control and protective function of the administrative judiciary, which cannot function effectively without procedural regulations on public administration. Administrative procedure codes, therefore, create a legal framework within which it is possible to review acts of public administration effectively. This role has also proven to be crucial in other states that have adopted an administrative procedure code – the courts here have acquired clear criteria of legality and subsequently also proportionality of administrative decision-making. The administrative procedure code serves as a kind of reference criterion against which the legality of the contested administrative act, as well as the procedure by which it is adopted, is measured.

Experience also shows that the Administrative Procedure Code provides a stabilizing function to the legal order. Once a functional codification has been created, there is usually no need to change it radically. It is not by chance that the principle applies: do not change what works, which is confirmed by the long continuity of the Austrian AVG, the Polish KPA (1960), the formerly Czechoslovak,<sup>26</sup> now only Slovak Administrative Procedure Code (1967), or the German Administrative Procedure Code VwVfG (1976).

The inspiration of the AVG can also be seen in the later European debate on the codification of the EU Administrative Procedure Code,<sup>27</sup> when the European Union, in terms of legal regulation and its lack of clarity, is in a situation similar to the Austrian Monarchy at the beginning

<sup>26</sup> The opposite example was the Czechoslovak Republic in the period from 1955 to 1960, when the original Administrative Procedure Code of 1928 was abolished and replaced for purely ideological reasons, while in a relatively short period of time two very short and ideologically motivated legal regulations on administrative procedure were adopted, which, among other things, led to a weakening of legal certainty. These changes show that the Administrative Procedure Code can be not only a legal-technical tool, but also a mirror of the political regime and ideological orientation of society.

<sup>27</sup> Cf. outputs ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure ([https://www.reneual.eu/images/Home/BookI-general\\_provision\\_2014-09-03\\_individualized\\_final.pdf](https://www.reneual.eu/images/Home/BookI-general_provision_2014-09-03_individualized_final.pdf); last accessed 30 October 2025), the European Parliament's Resolution adopted on 15<sup>th</sup> January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union or the European Parliament's resolution of 9<sup>th</sup> June 2016 with a draft regulation for an open, efficient and independent European Union administration.

of the 20<sup>th</sup> century. This means that the initial situation and conditions are to some extent similar. However, it is quite evident that the role of the AVG is no longer entirely crucial; moreover, it is not the only or unique existing legal regulation that could represent an inspirational basis.

## 5. Conclusion

The AVG is one of the key legal codifications of administrative law in Europe. It represents a significant milestone in the history of Austrian administrative law. But it is much more than just a national codification of the administrative process. In the interwar period, it became a source of inspiration and a unifying element for the states of Central Europe. It therefore also represents a codification model that influenced the development of administrative procedure in a number of European states. Although it was originally intended as a national code, it gradually became an inspiration and model for many states, especially in Central Europe.

After the fall of the Iron Curtain, the focus of legal inspiration shifted elsewhere – especially to the German environment and the case law of European courts (Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights). However, its indirect legacy persists. The AVG remains “in the background” as a legal tradition. As Attila Vincze points out, “*the legacy of the AVG is present in the deep structures of administrative law, although few people are aware of it anymore.*”<sup>28</sup>

The question remains whether it is correct to understand the AVG as a still “living” model or rather as a historical legacy. On the one hand, its immediate influence seems to be weakening. On the other hand, however, it was indeed thanks to the AVG that a common Central European basis for administrative law was created, which also facilitated later European integration.

Today’s European debate on the codification of administrative processes (e.g., within the ReNEUAL project) is based on principles whose foundations were laid precisely by the Austrian tradition. It is debatable

<sup>28</sup> Attila VINCZE, Der Einfluss des AVG auf die Verwaltungsverfahrenrechtskodifikation in Tschechien und Ungarn – eine spurlose Rezeption? in: *JUSTIN Working Paper Series*, 1 (2025), [https://justin.law.muni.cz/media/3817518/vincze\\_der-einfluss-des-avg-auf-die-verwaltungsverfahrenrechtskodifikation-in-tschechien-und-ungarn-eine-spurlose-rezeption-2025.pdf](https://justin.law.muni.cz/media/3817518/vincze_der-einfluss-des-avg-auf-die-verwaltungsverfahrenrechtskodifikation-in-tschechien-und-ungarn-eine-spurlose-rezeption-2025.pdf) (last accessed 30 October 2025).

whether the idea of a uniform EU Administrative Procedure Code would be conceivable without the experience of states that have had their administrative code since the 1920s. The AVG represented a kind of laboratory of legal modernity.

It can be concluded that the AVG represents the cornerstone of modern administrative law and has become an inspiration for many states. Today, we can call it the “grandparent” of current administrative procedure codes. The AVG co-created the values of legality, stability, and protection of individual rights. It represents a legal tradition that transcends national borders and co-creates the European legal space.

The AVG thus is not merely a national code, but forms a foundational element of European administrative procedural identity.



100 JAHRE ÖSTERREICHISCHES ALLGEMEINES  
VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ.  
EVOLUTION – VEREINFACHUNG – EUROPÄISIERUNG

*Wojciech Piątek\**

1. *Einleitung*

Das Jubiläum 100 Jahre nach der Verabschiedung des österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG)<sup>1</sup> bietet Gelegenheit zur Analyse der historischen und gegenwärtigen (europäischen) Grundzüge, die für dieses Verfahren charakteristisch sind. Es provoziert die Frage nach den Bedingungen, in denen das Bedürfnis nach der Existenz dieses Gesetzes entstanden ist, sowie die Lage, in der es sich heute befindet. Die Verabschiedung des AVG war das Resultat einer langen Geschichte. Es war durch konkrete Personen wie Karl Lemayer, Alfred Zimmermann und Friedrich Tezner geprägt<sup>2</sup>. Auch bestimmte Ereignisse und Rechtsakte, wie die Dezemberverfassung 1867, die Einrichtung des Verwaltungsgerichtshofes in 1875, die Verabschiedung des Gesetzes über die Rechtsmittel gegen Entscheidungen und Verfügungen der Behörden 1896 und schließlich der Zusammenbruch der Monarchie in 1918<sup>3</sup>. Die Strahlkraft des AVGs hat von seiner Entstehung weit über die Grenzen der Österreich-Ungarischen Monarchie hinausgereicht. Am Beispiel des europäischen sowie des tschechischen Verwaltungsverfahrenrechts ist klar, dass das AVG eine prägende Rolle für die (über)nationalen Rechtsordnungen gespielt hat<sup>4</sup>. Es hat zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahrenregeln geführt und kann bis heute als die Inspiration für die Europäisierung des Verwaltungsrechts angesehen werden.

\* Wojciech PIĄTEK, Professor Dr. habil., Institut für Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozessrecht, Fakultät für Recht und Verwaltung, Adam-Mickiewicz-Universität zu Posen. ORCID 0000-0002-3494-1912, wojciech.piatek@amu.edu.pl.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 21. Juli 1925 über das allgemeine Verwaltungsverfahren, BGBl. 274/1925.

<sup>2</sup> Magdalena PÖSCHL, Die Mutter aller Verfahrensgesetze: Das AVG aus österreichischer Sicht, in diesem Band.

<sup>3</sup> Magdalena PÖSCHL, Die Mutter aller Verfahrensgesetze: Das AVG aus österreichischer Sicht, in diesem Band.

<sup>4</sup> Lukáš POTĚŠIL, Austrian AVG in the European context, in diesem Band.

Das Ziel dieses Aufsatzes ist es, noch weitere Bemerkungen, vor allem aus der polnischen Perspektive, zu der Rolle des AVG auf der nationalen und europäischen Ebene zu identifizieren. Außer der generellen Darstellung des Einflusses des AVG auf das polnische Rechtsgebiet ist die Analyse auf konkrete Regelungen des polnischen Verfahrens (Kodeks postępowania administracyjnego; KPA) gerichtet, in denen die österreichischen Ideen des AVG und deren Konsequenzen immer sichtbar und lebendig sind.

Die Untersuchung ist in drei Abschnitte gegliedert, in denen die Evolution des Verwaltungsverfahrensgesetzes, die Bedeutung und die Idee der Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens sowie die Europäisierung dieses Rechts näher beleuchtet werden. Am Ende wird die Frage über die zukünftige Rolle des AVGs in dem europäischen Rechtsgebiet gestellt. Das Jubiläum des Gesetzesaktes, das tiefen Umbruch in der Geschichte des Verwaltungsrechts verursacht hat, soll nicht nur ein Anlass für die geschichtlichen Erinnerungen sein, was immerhin fruchtbar für die Wissenschaft sein kann, sondern auch ein Ausgangspunkt für die Fragen über die weitere Entwicklung des (Verwaltungs)rechts. Das AVG hat in dieser Diskussion noch viel zu sagen.

## 2. *Evolution*

Die Entstehung des polnischen Verwaltungsverfahrensgesetzes war ebenfalls das Resultat der Evolution. Leider dauerte es viel kürzer als in Österreich, weil bis Ende des Ersten Weltkrieges, genau 123 Jahre, Polen keine staatliche Unabhängigkeit hatte. Das Land war in drei Zonen geteilt. In der russischen Zone existierte die Entwicklung des Verwaltungsrechts und der Rechte des Einzelnen gar nicht. Für die preußische Zone war der Kulturkampf charakteristisch, der auf die Abschaffung der polnischen Sprache, Geschichte und Recht gezielt war. Die größte Autonomie für die Polen herrschte in der österreichischen Zone. An den Universitäten in Lemberg und Krakau konnten die jungen Juristen auf den juristischen Fakultäten ihr Fachwissen erwerben<sup>5</sup>. Manche von

<sup>5</sup> Mehr über die rechtlichen Bedingungen in drei Besatzungszonen siehe in Wojciech SZAFRAŃSKI, Okres zaborów, in: ŁASZCZYCA / PIĄTEK (Hrsg.), *System Prawa Sądownictwa Administracyjnego. Tom I. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2023, 143-153.

ihnen haben die Karriere in österreichischer Verwaltung fortgesetzt. Es gab auch hoch qualifizierte Polen, die zu Richtern des 1875 entstandenen Verwaltungsgerichtshofes ernannt waren. Im Jahr 1918 waren diese Personen die besten hoch qualifizierten Juristen im Bereich des Verwaltungsrechts. Sie haben den Weg zu der Schaffung des polnischen Verwaltungsgerichtshofes im Jahr 1922<sup>6</sup> und des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Jahr 1928<sup>7</sup> stark geprägt<sup>8</sup>.

Das AVG ist definitiv das Muttergesetz für das polnische KPA. Es gibt mehrere Beweise dafür. Erstens wider die Struktur des KPA das österreichische Vorbild wider. Es hat mit den Vorschriften über die Zuständigkeit der Behörden begonnen, dann mit den Rechten der Beteiligten, den Zustellungen und dem Ablauf des Verfahrens mit dem Ermittlungsverfahren im Herzstück. Zweitens bleibt es klar in der damaligen polnischen Fachliteratur, dass die Verfasser des KPA beschlossen, „sich auf ein vergleichbares Gesetz zu stützen, das 1925 in Österreich verabschiedet worden war und auf den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen renommierter Experten auf diesem Gebiet basierte“<sup>9</sup>. Drittens war auch bedeutsam, dass der Entwurf des AVG 1925 in der polnischen Juristenzeitung „Gazeta Administracji i Policji Państwowej“ in polnischer Sprache veröffentlicht war<sup>10</sup>. Selbst die Entscheidung über die Veröffentlichung des Gesetzesentwurfs war ein Zeichen der Bedeutung des österreichischen Rechtsgedankens. Umso mehr war die Verbreitung des Gesetzesentwurfs für die polnischen Wissenschaftler und Praktiker ein

<sup>6</sup> Das Gesetz vom 3. August 1922 über das Oberste Verwaltungsgericht (Gesetzesblatt der Republik Polen Nr. 67, Pos. 600, mit späteren Änderungen).

<sup>7</sup> Das Gesetz vom 22. März 1928 über das Verwaltungsverfahren (Gesetzesblatt der Republik Polen Nr. 36, Pos. 341, mit späteren Änderungen). An demselben Tag wurde das Gesetz über die Verwaltungsvollstreckungsgesetz verabschiedet (Gesetzesblatt der Republik Polen Nr. 36, Pos. 342, mit späteren Änderungen) und das Gesetz über das Strafverwaltungsverfahren (Gesetzesblatt der Republik Polen Nr. 38, Pos. 365, mit späteren Änderungen).

<sup>8</sup> Eine von diesen Personen war Jan Sawicki, der erste Präsident des polnischen Obersten Verwaltungsgerichts. Siehe mehr über diese Person in Wojciech PIĄTEK, *The Polish legislation on administrative procedure*, in: DELLA CANANEA / FERRARI ZUBINI / PFERSMANN (Hrsg.): *The Austrian Codification of Administrative Procedure. Diffusion and oblivion (1920-1970)*, Oxford 2023, 117-118.

<sup>9</sup> Eugeniusz STARCZEWSKI, Projekt ustawy o postępowaniu administracyjnym, *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* 1926, Nr. 23, 385; Roman HAUSNER, Trzy ustawy o postępowaniu administracyjnym, *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* 1929, Nr. 8, 274.

<sup>10</sup> Das war der fünfte Entwurf des AVG. Es war in 3. Teilen veröffentlicht, in 9., 11. und 13. Ausgabe dieser Zeitschrift.

Anlass für weitere Vorbereitungsanalysen zur Verabschiedung des polnischen Gesetzes.

Die vielseitigen österreichischen Einflüsse bedeuten aber nicht, dass andere Konditionen im Prozess der Verabschiedung des polnischen Gesetzes keine Rolle gespielt haben. Für den jungen Staat, der auf drei verschiedene Rechtsordnungen aufgebaut ist, war die Verabschiedung einheitlicher Verfahrensregeln von großer Bedeutung. Deswegen wurde 1919 das erste Gesetz über die Organisation der Berufungsbehörden verabschiedet<sup>11</sup>. Nicht zu verkennen war auch die Rechtsprechung des Obersten Verwaltungsgerichts, das ebenfalls nach österreichischem Muster geschaffen ist<sup>12</sup>. In dem Prozess der Vorbereitung des Gesetzestextes waren selbst die Verwaltungsbeamten und die Juraprofessoren engagiert. Die folgenden Entwürfe des KPA unterlagen breiten Konsultationen an den polnischen juristischen Fakultäten. Die beiden Gruppen von Fachpersonen haben in der Diskussion viele neue Impulse gesetzt und zu den Gesetzesentwürfen maßgeblich beigetragen<sup>13</sup>. Die Hauptrolle im Vorbereitungsprozess hat Eugeniusz Starczewski, der Vorsitzende des Ausschusses für die Vorbereitung des Gesetzesentwurfs, der ehemalige Rechtsanwalt und der Verwaltungsbeamte, gespielt. Im Endeffekt war die polnische Regelung detaillierter, weil sie 123 Vorschriften im Vergleich zu 80 des AVG<sup>14</sup> umfasste. Der sichtbare Effekt der kurzfristigen Evolution des Entstehens des polnischen Verwaltungsverfahrens hat zum Ausbau der Verfahrensvorschriften geführt.

Die These über die Bedeutung des AVGs als „das Muttergesetz aller Verfahrensgesetze“ bleibt aktuell für das nächste und bis heute geltende polnische Verwaltungsverfahrensgesetz aus dem Jahr 1960, das bis heute

<sup>11</sup> Gesetzesblatt der Republik Polen Nr. 65, Pos. 395 mit späteren Änderungen. Mehr zum Thema der polnischen Gesetzgebung nach dem Ersten Weltkrieg im Bereich des Verwaltungsverfahrens siehe Wojciech ORGANIŚCIAK, *Ewolucja polskiego prawa administracyjnego procesowego. Ujęcie regulacji podstawowych*, in: ŁASZCZYCA (Hrsg.), *System Prawa Administracyjnego Procesowego. Tom I. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2017, 278-283.

<sup>12</sup> Marcin KAMINSKI, *Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeitreformen in Polen und ihrer konzeptionellen Vorbilder*, in: KRAWCZYK (Hrsg.), *Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie*, Warszawa 2022, 175.

<sup>13</sup> Stefan URBANOWICZ, *Nowa ustawa o postępowaniu administracyjnym*, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1928, Nr. 24, 871.

<sup>14</sup> Das polnische KPA hat manche Rechtinstitute in detaillierter Form normiert. Beispielsweise hat es die Gründe für den Verzicht auf die Begründung des Bescheids betroffen, was für das AVG unbekannt war.

in Kraft ist. Der erste Grund für die Verabschiedung des neuen Gesetzes war mit der Anpassung an das sowjetische Recht verbunden. In der Tat sind sowohl die Struktur als auch der Inhalt bis heute mit dem österreichischen Rechtsdenken verknüpft. Es war das Ziel der Professoren, die im Rahmen des Ausschusses an dem neuen Gesetz gearbeitet haben, möglichst viel von den Garantien der Rechtsstaatlichkeit und Rechten des Einzelnen in dem neuen Gesetz einzuschmuggeln. Dieses Ziel wurde erreicht unter anderem durch die Beibehaltung der Struktur und der Nomenklatur des Gesetzes von 1928. Bedeutsam war auch die Einführung zu dem KPA der Grundprinzipien des Verwaltungsverfahrenrechts, wie das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit der Verwaltungsbehörden<sup>15</sup>, der objektiven Wahrheit<sup>16</sup>, der Schnelligkeit und der Effizienz des Verfahrens<sup>17</sup> und des zweitinstanzlichen Verfahrens<sup>18</sup>, was für den AVG fremd ist. Diese Grundprinzipien wurden in der Rechtsprechung des Obersten Verwaltungsgerichts, das 1980 wiederhergestellt wurde, weit interpretiert. Bis heute sind sie als allgemeine Prinzipien des ganzen Verwaltungsrechts verstanden. Dies ist umso begründeter und nötiger, als kein allgemeiner Teil des polnischen Verwaltungsrechts kodifiziert ist<sup>19</sup> und das KPA die zentrale Rolle für das ganze Verwaltungsrechtsgebiet spielt.

Die Evolution des Verwaltungsverfahrens geht weiter, sowohl in Polen als auch in Österreich. Manche Merkmale, wie die Herausforderungen mit der Dekodifikation, die Rekodifikationsprozesse oder die Informatisierung des Verfahrens und der Einsatz der künstlichen Intelligenz,

<sup>15</sup> Laut Art. 6 KPA handeln Verwaltungsbehörden auf der Grundlage des Rechts.

<sup>16</sup> Das Prinzip der objektiven Wahrheit gehört zu den charakteristischen Eigenschaften des KPA, die die Konstruktion der Beweisverfahren beeinflussen. Laut Art. 7 KPA, ergreifen die Verwaltungsbehörden von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien alle Maßnahmen, die zur genauen Klärung des Sachverhalts und zur Erledigung der Angelegenheit erforderlich sind.

<sup>17</sup> Laut Art. 12 § 1 KPA sollen die Verwaltungsbehörden in der Sache gründlich und schnell handeln und dabei möglichst einfache Mittel einsetzen, die zu ihrer Erledigung führen.

<sup>18</sup> Laut Art. 15 KPA ist das Verwaltungsverfahren zweistufig, sofern keine besonderen Vorschriften etwas anderes vorsehen.

<sup>19</sup> Der polnische Gesetzgeber hat keine Idee, wie das Verwaltungsrecht von oben nach unten geregelt sein soll. Es fehlt der Regulierung allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts trotz dreier Gesetzesentwürfe, die in 1993, 1997 und 2008 vorbereitet wurden. Mehr dazu Wojciech PIĄTEK, *Die Kodifikation des polnischen Verwaltungsrechts*, in: KAHL / PIĄTEK (Hrsg.), *Bedeutung und Zukunft der Kodifikationsidee in Deutschland und in Polen*, Tübingen 2024, 130-132.

sind im größeren oder kleineren Ausmaß ähnlich in allen europäischen Rechtsordnungen, die auf Basis des AVGs geschaffen wurden. Ebenso wichtig ist der Druck nach dem effizienten (schnellen und professionellen) Ergebnis des Verfahrens. Es bedeutet aber nicht, dass manche prozessuale Besonderheiten nicht nur für das konkrete Land bedeutsam sind. Aktuell liegen für das polnische Verwaltungsverfahrensgesetz Themen wie die Bemühungen nach der Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens<sup>20</sup>, der Einstellung dieses Verfahrens<sup>21</sup> oder des Ablaufs des Berufungsverfahrens<sup>22</sup> auf dem Tisch. Außerdem wird auch die Beziehung zu dem Verwaltungsprozessrecht aus der Perspektive des Instanzenzuges in der Literatur diskutiert<sup>23</sup>.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das AVG die Entstehung des polnischen Verwaltungsverfahrens stark geprägt hat. Die These, dass AVG „die Mutter aller Verfahrensgesetze“ ist, passt zu dem polnischen KPA. Das AVG spielt bis heute eine besondere Rolle im Rechtsdenken über Verwaltungsverfahren. Obwohl die Besonderheiten der nationalen Rechtsordnungen, bzw. konkreten Vorschriften anders sein können und in der Wirklichkeit sind, bleiben die Grundideen zu den Institutionen des Verwaltungsverfahrens, wie die Zuständigkeit der Behörden, das System des Ermittlungsverfahrens oder der Bescheid schlussendlich dasselbe.

### 3. Vereinfachung

Eines der wichtigsten Ziele der Verabschiedung des AVG war die

<sup>20</sup> Seit 2017 befindet sich in dem KPA das neue Kapitel mit dem Titel „Das vereinfachte Verfahren“ (Art. 163B-163G KPA). In der Literatur dauert die Diskussion über die konkreten Vereinfachungen, die durch den Gesetzgeber vorgesehen sein sollen. Mehr dazu Hanna KNYSIAK-SUDYKA / Lidia KLATT-WERTELECKA, Model administracyjnego postępowania uproszczonego, *Państwo i Prawo* 2016, Nr. 7, 97-101.

<sup>21</sup> Die wichtige Frage ist die mit den Konsequenzen der Einreichung des Antrags, der die Formalitäten aus dem KPA nicht erfüllt. Der Status des Verwaltungsverfahrens nach der Einreichung des Antrags und vor der Verbesserung bleibt unklar.

<sup>22</sup> In diesem Thema ist die Frage über die Reichweite des Beweisverfahrens vor der Berufungsbehörde umstritten.

<sup>23</sup> Sowohl das polnische Verwaltungsverfahren als auch der Verwaltungsprozess haben zwei Instanzen, was in der Praxis bedeutet, dass eine einzelne Streitigkeit durch vier Instanzen gekommen sein kann. Die kassatorischen Kompetenzen der Verwaltungsgerichte können die Zahl der Instanzen wegen der Aufhebung des Bescheids oder Erkenntnisses noch vergrößern.

Vereinfachung des Rechts. Unter diesem Begriff versteht man auf den ersten Blick verschiedene Termini wie die Schnelligkeit des Verfahrensverlaufs, das niedrige Niveau des Formalismus<sup>24</sup>, den begrenzten Ausbau der Verfahrensvorschriften oder den unkomplizierten Zugang der Einzelnen zu diesem Verfahren, was u.a. die Kostenlosigkeit des Verfahrens bedeutet. Nicht alle haben dieselbe Bedeutung. Dazu gehören auch die Klarheit und die Vorhersehbarkeit des Verfahrens und dessen Resultat. Bestimmt ist es leichter, die Merkmale der Vereinfachung intuitiv zu nennen, als den Kern dieses Konzepts darzustellen. Zu diesem Zweck soll man die Fragen stellen: Was bildet den Kern der Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens? Für wen soll das Verfahren vereinfacht sein? Wie kann man das Verfahrensrecht vereinfachen? Welche Ziele soll das vereinfachte Verfahren durchführen?

Sicherlich waren die Verabschiedung des AVG in Österreich und des KPA in Polen eine Art von Vereinfachung. Die Verfahrensregeln aus verschiedenen Rechtsquellen, die im Fall Polens in drei Besatzungsstaaten verabschiedet wurden, wurden in einem einzigen Gegebungsakt zusammengefasst in Form einheitlicher Regelungen, beginnend vor der Einstellung des Verfahrens bis zum Erlass des rechtskräftigen Bescheids<sup>25</sup>. Die Existenz allgemeiner Regeln des Verfahrens *per ipso* schafft Vereinfachung. Sie schafft Rechtsklarheit, Umgänglichkeit und Rechtssicherheit. Die Parteien der Rechtsverhältnisse bekamen eine Basis, auf der sie ihre Ziele verwirklichen konnten. Sowohl die Einzelnen als auch die Verwaltung sind in den Regeln ausgestattet, mit denen die Pflichten auf den Bürgern in rechtmäßiger Weise durchgesetzt werden können.

Die einfachen Verfahrensregeln sind für das Verwaltungsverfahren viel wichtiger als für Zivil-, Verwaltungsgerichtsbarkeit- oder Strafverfahren. Im Gegensatz zu den genannten Typen ist das Verwaltungsverfahren kein Gerichtsverfahren. Die Verwaltungsbeamten müssen nicht unbedingt eine juristische Ausbildung haben<sup>26</sup>. Ihre fachlichen Kompetenzen

<sup>24</sup> Es geht mir um das niedrige Niveau des Formalismus des Verfahrens (oder sogar das formlose Verfahren) im Vergleich zu dem Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozessrecht.

<sup>25</sup> Auch für Österreich bedeutete die Verabschiedung des AVG die Bekämpfung der Vielfalt der Verwaltung und der Pluralität der Gesetzgeber. Dazu siehe Magdalena PÖSCHL, Die Mutter aller Verfahrensgesetze: Das AVG aus österreichischer Sicht, in diesem Band.

<sup>26</sup> Für die Ausübung ihrer Aufgaben spielt das Fachwissen aus bestimmten Fachgebieten (Bauwesen, Transport, Umweltschutz oder Medizin) eine prägende Rolle.

für die Rechtsauslegung können deswegen begrenzt sein. Auch die Einzelnen, die sich mit verschiedenen Anträgen an die Verwaltungsbehörde wenden, sind für die Besetzung des Fachwissens im (Verwaltungs-)Recht nicht verpflichtet<sup>27</sup>. Beide Seiten des Rechtsverhältnisses brauchen klare und möglichst unkomplizierte Regeln für die Festlegung der Rechte und Pflichten. In anderen Worten, theoretisch und praktisch sollen die Verwaltungsverfahrenregeln auf alle Parteien des Rechtsverkehrs anwendbar sein, sowohl für Personen, die das Fachwissen im Recht haben, als auch für Personen, die keine Ahnung und Erfahrung im Kontakt mit der Verwaltungsbehörde haben. Für alle soll das Verwaltungsverfahren verständlich und einfach sein.

Das AVG hat solche klaren Regeln angeboten. Es war „knapp im Umfang, klar im Aufbau, nüchtern im Stil“<sup>28</sup>. Das Gesetz umfasste nur 80 Paragraphen, 43 weniger als das KPA, was auch nicht zu viel war<sup>29</sup>. Beide Gesetze hatten eine klare Struktur mit den Regeln über die Einstellung, das Beweisverfahren, den Bescheid und die außerordentlichen Rechtsmittel gegen den endgültigen Bescheid. Über die beiden Gesetze kann man schreiben: Sie haben kein unnötiges Wort verschwendet, waren nüchtern im Ton und leicht zu lesen<sup>30</sup>. Im Vergleich zu den heutigen Gesetzen, auch im Bereich des Verfahrensrechts, scheint die Auslegung des AVG und KPA weniger kompliziert.

Abgesehen von der Klarheit und der Einfachheit des ganzen Verfahrens ist die Idee der Vereinfachung mit dem Anwendungsbereich des AVG und des KPA verbunden. Dieselben Verfahrensregeln bringen für viele Akteure auch den Beitrag zur Rechtssicherheit. Sie sprechen selbst für die Bedeutsamkeit des Gesetzes, das große Anerkennung unter den Prozessparteien, in der Fachliteratur und der Rechtsprechung findet. Sowohl das AVG als auch das KPA haben diese Voraussetzung

<sup>27</sup> In der Praxis wenden sich die Einzelnen an die Verwaltungsbehörden mit verschiedenen Anträgen. Sie können solche Angelegenheiten betreffen wie verschiedene Arten von Sozialunterstützung, Genehmigungen oder Entlastungen. Im Gegensatz zu dem Zivil- oder Strafprozess ist es unmöglich, den Kontakt mit den Verwaltungsbehörden komplett zu vermeiden.

<sup>28</sup> Magdalena PÖSCHL, Die Mutter aller Verfahrensgesetze: Das AVG aus österreichischer Sicht, in diesem Band.

<sup>29</sup> Im Vergleich umfasste die polnische Zivilprozessordnung vom 29. November 1930 (Gesetzesblatt der Republik Polen Nr. 83, Pos. 651) 516 Artikeln.

<sup>30</sup> Magdalena PÖSCHL, Die Mutter aller Verfahrensgesetze: Das AVG aus österreichischer Sicht, in diesem Band.

der Vereinfachung erfüllt. In beiden Gesetzen hat derselbe Mechanismus Anwendung gefunden. Das Materiengesetz des AVG und des KPA war anwendbar, wenn keine besonderen Regeln in anderen Gesetzen die Zuständigkeit nicht gefunden haben (das Prinzip *lex specialis derogat legi generali*). Das hat eine Chance für die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens geschaffen durch bloßes Nichtstun der Gesetzgeber<sup>31</sup>. Die (subtile) Chance für die Vereinheitlichung ist aber verloren, wenn der Gesetzgeber viele alternative Verfahrensregeln schafft und in der Tat *legi generali* nur eine begrenzte Rolle spielt. Die Dekodifikationsprozesse gewinnen dann an Bedeutung, was besonders merkwürdig für die heutige Zeit ist, in der die bloße Anzahl der Gesetze mit den Verfahrensregeln wesentlich steigt<sup>32</sup>.

Obwohl die allgemeinen Verfahrensgesetze niemals die einzigen Regelungen für alle Verwaltungsverfahren in Österreich und Polen waren, ist der größte Nachteil der Dekodifikationsprozesse mit der Zersplitterung des Verwaltungsverfahrens verbunden. Das KPA verliert die Rolle der Schaffung der Klarheit und Sicherheit. Im Gegensatz kommt es zu den verschiedenen Problemen mit der Auslegung des ausgebauten besonderen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>33</sup>. Die Aufgabe der Rechtslehre ist, die dekodifizierten Rechtsmaterien zu identifizieren und die Chancen bzw. die Wege für die Rekodifikation zu erwägen. Wenn es im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsverfahren nicht möglich ist wegen des Ausbaus der Regulierung (Inflation des Rechts), dann ist es empfehlenswert, über die Kodifikationen der sektoralen Bereiche des Verwaltungsrechts nachzudenken. Zu einem bestimmten Teil ist diese Evolution aktuell in Polen in der Form der Gesetze über das Recht der Unternehmer<sup>34</sup> oder

<sup>31</sup> Magdalena PÖSCHL, Die Mutter aller Verfahrensgesetze: Das AVG aus österreichischer Sicht, in diesem Band.

<sup>32</sup> Diese Tendenz ist in der polnischen und auch deutschen Literatur identifizierbar. Siehe die Aufsätze von Wolfgang KAHL und Wojciech PIĄTEK über die Dekodifikation des Verwaltungsrechts in der Monographie über die Bedeutung und Zukunft der Kodifikationsidee in Deutschland und Polen, Tübingen 2024.

<sup>33</sup> Sie haben verschiedene Natur, die mit den temporalen Aspekten, der Synchronisierung des KPA mit dem besonderen Recht oder der Anwendung besonderer Regeln aus verschiedenen Gesetzen verbunden ist. Dazu siehe Wolfgang KAHL, Die Dekodifikation des deutschen Verwaltungsrechts. Befund – Ursachen – Reaktionsmöglichkeiten, in: KAHL / PIĄTEK (Hrsg.), *Bedeutung und Zukunft der Kodifikationsidee in Deutschland und Polen*, Tübingen 2024, 97-102.

<sup>34</sup> Gesetz vom 6. März 2018 über das Recht der Unternehmer (Gesetzesblatt der Republik Polen 2024, Pos. 236, mit späteren Änderungen).

über das Recht des Hochschulwesens<sup>35</sup>. Das erste Gesetz legt die Regeln für die Aufnahme, Ausübung und Beendigung wirtschaftlicher Tätigkeiten fest<sup>36</sup>. Es bezieht sich aber auch auf andere Gesetze, u.a. das KPA<sup>37</sup>. Das zweite Gesetz umfasst die Regeln für die Organisation des ganzen Systems des Hochschulwesens mit den Verfahren für akademische Stufen<sup>38</sup>, der Struktur der Hochschulen, der Finanzierung des Hochschulwesens und der Aufsicht der Regierung über die Hochschulen. Beide Gesetze umfassen komplette Materien aus einem bestimmten Rechtsbereich. Aus verfahrensrechtlicher Perspektive sind sie nicht abschließend, was die Auslegungsschwierigkeiten nicht ausschließt<sup>39</sup>. Die Dekodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts steht im Widerspruch zu dessen Vereinfachung, was auch die sektoralen Kodifikationen dieses Rechts betrifft.

Die aktuelle Tendenz der Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens ist mit den Formen von separaten Gesetzesverfahren im Rahmen des Verwaltungsverfahrens verbunden. Das AVG sowie das KPA haben diese Art der Vereinfachung nicht gekannt. Heute ist es mit der großen Menge von vielfältigen Regelungen des Verwaltungsrechts verbunden. Der Gesetzgeber will die Verfahrensregeln, die von ihrer Natur einfach sein sollen, noch vereinfachen. In dem gegenwärtigen polnischen KPA

<sup>35</sup> Gesetz vom 20. Juli 2018 über das Recht des Hochschulwesens (Gesetzesblatt der Republik Polen 2024, Pos. 1571, mit späteren Änderungen).

<sup>36</sup> Art. 1 des Rechts der Unternehmer.

<sup>37</sup> Es verweist auf das KPA bezüglich der Berechnung der Fristen für die Aussetzung wirtschaftlicher Tätigkeiten (Artikel 23 Abs. 3 des Gesetzes), des Erlasses individueller Interpretationen des Rechts (Art. 34 Abs. 12, 13 und 16 des Gesetzes), des Ausschlusses von Arbeitnehmern bei Kontrolltätigkeiten aufgrund der Gefahr von Befangenheit (Art. 49 Abs. 5 des Gesetzes) und des Verfahrens zur Kontrolle der wirtschaftlichen Tätigkeit von Unternehmern (Art. 59 Abs. 16 des Gesetzes).

<sup>38</sup> In dem Verfahren für jede Stufe (die Doktorwürde, die Habilitation, die Professur) findet das KPA Anwendung, weil die Entscheidungen die Form des Bescheids (*decyzja administracyjna*) annehmen.

<sup>39</sup> In der Verleihung des Doktorgrades sind diese Schwierigkeiten mit dem Beweisverfahren verbunden. Sie betreffen den Status der Begutachtungen und Begutachter, die aus der Perspektive des KPA als Sachverständige verstanden sind. Im Endeffekt sind die Begutachter aus der Teilnahme an weiteren Tätigkeiten des Verfahrens bzw. aus dem Ausschuss für die Durchführung der Doktorverteidigung ausgeschlossen. Es ist das Resultat der Anwendung des KPA, wo die Sachverständigen nur für die Vorbereitung der Begutachtungen zuständig sind und nicht für die Teilnahme an der Entscheidung in der Sache.

ist die Idee in dem separaten Kapitel des KPA verwirklicht<sup>40</sup>. Die Vereinfachungen sind möglich nur mit der Teilnahme einer Partei an dem Verfahren<sup>41</sup>. Sie betreffen die Möglichkeit für die Einreichung des Antrags auf dem existierenden Formular<sup>42</sup>, die Berücksichtigung nur in diesem Antrag enthaltenen Forderungen<sup>43</sup>, die Begrenzung auf die im Antrag formulierten Beweise<sup>44</sup> sowie die vereinfachte Fassung der Entscheidung<sup>45</sup>. Fraglich bleibt, welche anderen Vereinfachungen in Betracht sein könnten, die aber nicht durch den Gesetzgeber berücksichtigt sind<sup>46</sup>. Wenn die Sache in dem Verwaltungsverfahren nach den vereinfachten Regeln verhandelt wurde, dann soll es auch in dem Verwaltungsprozess nach denselben Regeln verhandelt werden<sup>47</sup>. In der Tat können manche von diesen Regelungen als die Begrenzungen für die Anwendung vereinfachter Verfahren betrachtet werden<sup>48</sup>. Deswegen führt diese Strategie mit speziellen vereinfachten Regeln nicht immer zu der realen Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens und nicht in jeder Sache<sup>49</sup>. Es ist vor allem für die Angelegenheiten mit unkompliziertem Tatbestand vorgese-

<sup>40</sup> Das Kapitel nennt sich „das vereinfachte Verfahren“ und umfasst die Artikel 163b-163g.

<sup>41</sup> Artikel 163b § 2 KPA.

<sup>42</sup> Artikel 163c § 1 KPA.

<sup>43</sup> Artikel 163c § 4 KPA.

<sup>44</sup> Gemäß dem Artikel 163e § 1 KPA sind auch die Beweise, die im Besitz der Verwaltungsbehörde sich befinden, statthaft.

<sup>45</sup> Gemäß dem Artikel 163f KPA kann die Begründung zu den Fakten begrenzt sein, die durch die Verwaltungsbehörde als glaubwürdig angesehen sind.

<sup>46</sup> Auf den ersten Blick kann man über kürzere Termine sowohl für die Einreichung der Rechtsmittel (z.B. die Berufung) als auch für die ganze Dauer des Verwaltungsverfahrens nachdenken. Die Vereinfachung könnte auch auf dem Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel basieren.

<sup>47</sup> In dem polnischen Gesetz über den Verwaltungsprozess vom 30. August 2002 (Gesetzesblatt der Republik Polen 2024, Pos. 935 mit späteren Änderungen) befinden sich auch die Regeln für das vereinfachte Verfahren. Die Verhandlung der Sache gemäß den Regeln des vereinfachten Verwaltungsverfahrens ist nicht automatisch mit der Anwendung der Regeln für den vereinfachten Verwaltungsprozess kombiniert.

<sup>48</sup> Beispielsweise wenn die Verwaltungsbehörde andere Beweise für die Tatsachenfestlegung braucht, muss das Verfahren mit allen klassischen Regeln fortgesetzt werden. Die Anwendung der Regeln dieser Verfahren ist auch unmöglich, wenn mehr als eine Partei an dem Verwaltungsverfahren teilnimmt.

<sup>49</sup> Eine separate Frage ist mit dem Anwendungsbereich der Regeln über das vereinfachte Verfahren verbunden. Laut Artikel 163b § 1 KPA muss der Gesetzgeber über die Anwendung dieser Regeln genau in einer Vorschrift entscheiden. Das begrenzt wesentlich diese Anwendung. Die Verwaltungsbehörde kann darüber nicht selbst freiwillig entscheiden.

hen oder solche, die technischen Charakter haben<sup>50</sup>. In der Wirklichkeit führt die Zahl der Anforderungen für die Anwendung der Regeln dieses Verfahrens zu seiner begrenzten praktischen Bedeutung.

Die Vereinfachung kann in der Tat zur Komplizierung des Verfahrensrechts führen. In den letzten komplexen KPA-Änderungen aus den Jahren 2011<sup>51</sup> und 2017<sup>52</sup>, die im großen Ausmaß auf den Ablauf des Verfahrens zielten, wurde die Vereinfachung als der Hauptgrund der Reform dargestellt<sup>53</sup>. Viele von diesen Änderungen haben Bedenken in der Literatur sowie in der Rechtsprechung verursacht. Manche Probleme sind schon heute dank der tiefen Analyse der Rechtslehre und der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte gelöst. Die anderen Bedenken wecken bis heute die heftigen Debatten. Ein Beispiel dazu ist das Recht auf den Verzicht auf die Berufung<sup>54</sup>. Laut Artikel 127a § 1 KPA, bei dem Ablauf der Berufungsfrist, kann jede Partei auf die Berufung (*odwołanie*) verzichten. Besonders umstritten ist das Recht der Partei auf die Rücknahme der Erklärung über den Verzicht auf die Berufung. Wenn an dem Verfahren nur eine Partei teilgenommen hat, ist es klar, dass diese Rücknahme nicht rechtlich statthaft ist, weil der Bescheid rechtskräftig geworden ist<sup>55</sup>. Wenn in dem Verfahren mehr als eine Partei teilnimmt, dann bleibt es kontrovers, ob eine Partei ihre Erklärung zurückziehen kann, wenn die andere (zweite) Partei von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht hat und der Bescheid nicht rechtskräftig wurde. Dazu sind drei Meinungen vorstellbar. Laut der ersten Option kann man die Erklärung über den Verzicht unter keinen Umständen zurückziehen<sup>56</sup>. Die zwei an-

<sup>50</sup> Das vereinfachte Verfahren findet unter anderem Anwendung in der Registrierung in der Evidenz der Schüler-Sportvereine nach dem Artikel 4 Abs. 4a über den Sport vom 25. Juni 2010 (Gesetzesblatt der Republik Polen Pos. 1488, mit späteren Änderungen).

<sup>51</sup> Das Gesetz über die Änderung des KPA und des Verwaltungsprozesses vom 3. Dezember 2010 (Gesetzesblatt der Republik Polen 2011, Nr. 6, Pos. 18).

<sup>52</sup> Das Gesetz über die Änderung des KPA und der anderen Gesetze vom 7. April 2017 (Gesetzesblatt der Republik Polen 2017, Pos. 935).

<sup>53</sup> Dieses Ziel war ausführlich in der Begründung der beiden Gesetzesentwürfe ausgesprochen. Mehr dazu in der Begründung des Gesetzesentwurfs vom 2011, VI. Amtsperiode des Sejms, Druck Nr. 2987 <https://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/2987.htm> und des Gesetzesentwurfs von 2017, VIII. Amtsperiode des Sejms, Druck Nr. 1183 <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1183> (beide abgerufen am 5. September 2025).

<sup>54</sup> Das Recht ist auch dem AVG in Artikel 63 § 4 AVG bekannt.

<sup>55</sup> Robert K DZIURA, *KPA. Komentarz*, Warszawa 2017, 773.

<sup>56</sup> Diese Meinung hat aber niemand in der polnischen Rechtsdoktrin ausgesprochen.

deren Optionen sind unterschiedlich, aber nicht einheitlich. Einerseits sagt man, dass die Regeln aus dem Zivilrecht über das Fehlen der Willenserklärung Anwendung finden<sup>57</sup>. Andererseits argumentiert man, dass das Zivilrecht keine Anwendung auf der Ebene des Verwaltungsrechts findet und *per analogiam* die Rechtsbasis für die Wiedereinsetzung der Termine im Verwaltungsrecht gefunden sein soll<sup>58</sup>. In der Tat, ist die Regelung des Artikels 127a KPA kein Beispiel für die Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens, was ursprünglich ihr Ziel war.

Die Idee der Vereinfachung soll zu der Klarheit, der Rechtssicherheit und der Umgänglichkeit der Verfahrensregeln für alle Beteiligten sowie für die Verwaltungsbehörde führen. Der Wortlaut des AVG und des KPA zeigt, dass zu diesem Ziel keine konkrete Regelung, die nur der Vereinfachung des Verfahrens diene, nötig ist. Solche Regeln können zu der Komplizierung des Verfahrens führen. Die Vereinfachung kann scheinbar oder nur theoretisch sein. In anderen Worten, das Ziel der Vereinfachung kann am besten mit schlichten und einfachen Mitteln erreicht werden. Die größten Bemühungen sollen auf die Effekte der Vereinheitlichung in dem ganzen Verfahren gerichtet sein.

#### 4. Europäisierung

Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrens, wie die Vereinfachung, hat keine klare Definition. Versteht man dieses Konzept als die Vereinheitlichung der Verfahrensregeln in mehreren europäischen Staaten, dann war die Verabschiedung des AVG 1925 das ideale Beispiel einer Europäisierung. Die Rezeption dieses Gesetzes in vielen europäischen Rechtsordnungen hat zu diesem Ziel in den 1920er- und 1930er-Jahren geführt. Dieser Prozess hatte keine feste (formalisierte) Regel. Der Hauptgrund war die Qualität der Theorie und der Vorschriften des

Theoretisch wäre es aber nicht vollkommen unbegründet zu sagen, weil der Gesetzgeber in dem KPA keine Regeln für solche Situationen vorgesehen hat.

<sup>57</sup> Paweł GACEK, Zasada dwuinstancyjnego postępowania a zrzeczenie się prawa do wniesienia odwołania, *Przegląd Prawa Publicznego* 2018, Nr. 10, 73. Laut Andrzej Wróbel kann man die Regeln des Zivilrechts für die Vermeidung der Wirkungen einer Willenserklärung zu dem Verwaltungsverfahrenrecht nicht übermitteln. Siehe Andrzej WRÓBEL in: KPA. Komentarz zu dem Artikel 127a, LEX/el. 2025.

<sup>58</sup> Wojciech PIĄTEK, Glosa do wyroku NSA z 29 sierpnia 2019, Signatur II OSK 873/19, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2020, Nr 11, Pos. 97, 162.

AVG. Der Prozess ist natürlich und freiwillig verlaufen. Deswegen waren mit der Verabschiedung neuer Gesetze keine Proteste verbunden. Die Europäisierung bedeutete demnach eine ruhige (subtile) Evolution der Verwaltungsverfahrenregeln in derselben Richtung, markiert durch das AVG.

Heutzutage ist die Europäisierung des Rechts mit der Mitgliedschaft in der EU verstanden. Die Bemühungen um die Verabschiedung allgemeiner Regeln für das Verwaltungsverfahren sind aber gescheitert<sup>59</sup>. Das bedeutet aber nicht, dass dieses Recht der Europäisierung im Rahmen der EU nicht unterliegt. Einerseits werden manche Regeln des EU-Rechts als Teil oder als Orientierungspunkt für nationale Rechtsordnungen verstanden. Ein Beispiel dazu ist Artikel 41 der EU-Charta der Grundrechte. Es setzt das Verstehen des Rechts auf die gute Verwaltung für alle nationalen Verwaltungsverfahrenregeln. Andererseits sind die Akte des europäischen Gesetzgebers mittelbar oder unmittelbar Teil der nationalen Rechtsordnungen. Ein wesentliches Beispiel der Europäisierung des EU-Rechts ist das Migrations- und Asylpaket der EU, das 2024 verabschiedet wurde. Es umfasst mehrere Regeln u.a. für die Schaffung eines gerechteren und effizienteren Rahmens für die Registrierung und Bearbeitung von Asylanträgen sowie für die Verringerung der Sekundärmigration<sup>60</sup>. Die Europäisierung des EU-Rechts umfasst die sektoralen Regelungen und kann als ein Prozess von unten nach oben verstanden werden. Es ist fraglich, ob es in irgendeiner Zukunft zu der höchsten Ebene der allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens zukommt. Es hängt von unterschiedlichen Faktoren ab, die vor allem politischer Natur sind.

Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts kann man aber breiter verstehen. Als ein theoretisches Konzept kann es sich mit der gesamten Rechtsbasis in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen und den zugrunde liegenden Werten begreifen. Obwohl die Rechtsbasis differenziert bleibt und man auf den ersten Blick die Ähnlichkeiten nicht

<sup>59</sup> Siehe die Dokumentation für die Mustervorschriften des EU-Verwaltungsverfahrensrechts, die in den Jahren 2009-2014 vorbereitet ist, auf der Internetseite ReNEUAL. <https://www.reneual.eu/projects-and-publications/reneual-1-0> (abgerufen am 7. September 2025).

<sup>60</sup> Siehe mehr dazu auf der Internetseite des Rates der Europäischen Union <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/eu-migration-asylum-reform-pact/> (abgerufen am 7. September 2025).

leicht wahrnimmt, sind die Werte, auf denen sie gebaut sind, ähnlich oder sogar dieselben<sup>61</sup>. Ohne gesamte Basis für das Verstehen des Verwaltungsverfahrensrechts kann man über die Europäisierung im breiten Sinne der Identifizierung derselben Verfahrensregeln nicht sprechen. Es ermöglicht die rechtsvergleichende Analyse zwischen den Rechtssystemen, die nicht nur auf die gesamten Konzepte des Verwaltungsverfahrensrechts, sondern auf die konkreten Institute, wie die Beweismittel oder die Berufung, mit dem Recht auf den Verzicht aus diesem Rechtsmittel gestellt sind.

Welche Rolle spielt in diesem Prozess das AVG? Erstens gehört es zur europäischen Rechtskultur und ist im Denken über das Verwaltungsverfahrensrecht präsent. Durch die traditionellen Institute wie die Einstellung des Verfahrens, die einzelnen Beweismittel, den Bescheid sowie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bleibt das AVG in der DNA der theoretischen Untersuchungen sowie rechtsvergleichenden Analysen. Es schafft die Nomenklatur für die Kommunikation zwischen den Juristen. Zweitens ist es als gemeinsame Basis auch für die Rechtspraxis bedeutsam. Es ermöglicht Kontakte und Diskussionen zwischen den Praktikern aus verschiedenen Staaten<sup>62</sup>, die sogar auf der Vergleichung der Rechtsprechung nationaler Gerichte basieren<sup>63</sup>. Drittens schafft die Existenz des AVG die Anregung zur Analyse der Institute des Verwaltungsverfahrens. Das Jubiläum 100 Jahre Verabschiedung dieses Gesetzes bieten eine ausgezeichnete Gelegenheit dazu.

Dank des AVG haben wir Grund für die Diskussionen über die gesamten Institutionen, die Werte und die Herausforderungen des Verwaltungsverfahrens. Die Terminologie und das Verstehen der Institutionen dieses Rechts bleiben dasselbe. Das soll der Rechtswissenschaft die Impulse für die Weiterentwicklung in dem Sinne der Vertiefung rechtstheoretischen Diskurses geben. In anderen Worten, das AVG schafft die *Lingua franca* für alle, die sich mit dem Verwaltungsverfahren beschäftigen.

<sup>61</sup> Es betrifft nicht nur die EU-Staaten. Siehe über die Grundzüge des Verwaltungsverfahrensrechts Serbien und Mazedonien in: Bernd WIESER / Armin STOLZ (Hrsg.), *Vergleichendes Verwaltungsrecht in Südosteuropa*, Wien 2016, 271-370.

<sup>62</sup> Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit schafft eine Organisation ACA eine Basis dazu. Siehe mehr auf der Internetseite dieser Organisation <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/> (abgerufen am 7. September 2025).

<sup>63</sup> Es erfolgt im Rahmen der bilateralen Kooperation zwischen den Verwaltungsgerichten aus verschiedenen europäischen Staaten, wie zwischen Polen und Österreich.

5. *Die zukünftige Rolle des AVG – Schlussstein für die nächsten Reformen des Verwaltungsverfahrens?*

Das Jubiläum 100 Jahre AVG soll auch ein Anlass für die Fragen über die zukünftige Rolle dieses Gesetzes sein. Kann überhaupt ein Gesetz, das vor 100 Jahren verabschiedet wurde<sup>64</sup>, eine Rolle in der Zukunft spielen? Welche Rolle könnte es sein?

Das AVG wird kein unmittelbarer Anlass für die Vereinheitlichung oder Verabschiedung eines neuen Gesetzes über das Verwaltungsverfahren im Rahmen der EU sein. Es soll aber eine Ermutigung in dem Kreis der Rechtswissenschaft anbieten zur Weiterentwicklung dieses Teils des Rechts, die Identifizierung der (sektoralen) Rechtsgebiete, die für die Vereinheitlichung besonders wichtig sind, die Formulierung der Vorschläge für diese neuen Regelungen. Das AVG kann sowohl den wissenschaftlichen als auch den praktischen Zwecken dienen. Nichtsdestotrotz ist es klar, ob in irgendeiner Zukunft der Bedarf nach der Vereinheitlichung dieses allgemeinen Teils des Rechts nicht entsteht. Darauf soll die Rechtswissenschaft vorbereitet sein.

Die Geschichte des AVG zeigt auch, dass die wirksame Chance für die Europäisierung des Verwaltungsrechts nicht primär mit politischen Bemühungen verbunden ist, sondern mit hoher Qualität des Gesetzesmaterials und der natürlichen (spontanen) Evolution des Verfahrensrechts in Richtung klarer und übersichtlicher Regelungen. Wiewohl diese Evolution heute als unrealistisch scheint, bleibt die Aufgabe der Rechtslehre unverändert. Sie soll die Wege für die Weiterentwicklung des Verfahrensrechts aufspüren und aufzeigen, unabhängig von den Schwierigkeiten verschiedener (politischer, ökonomischer) Natur.

Die Rolle des AVG wird immer bedeutsam für die Europäisierung in breitem Sinne sein. Es soll der Bezugspunkt für die Reformen des Verwaltungsverfahrensrechts auf der nationalen Ebene sowie für die theoretischen Bedenken sein, wie man das Verwaltungsverfahrensgesetz gestalten kann. Für solche Diskussionen ist die Existenz des Ausgangspunktes von großer Bedeutung. Wenn die Aufgaben der Rechtswissenschaft in

<sup>64</sup> Lukáš Potěšil hat treffsicher bemerkt, dass AVG nicht als die Mutter, sondern als die Oma der Verfahrensgesetze bezeichnet werden sollte: Lukáš POTĚŠIL, *Austrian AVG in the European context*, in diesem Band.

100 Jahren ähnlich verstanden werden, dann die Zelebrierung der 150. oder 200. Jahre der Verabschiedung des AVG nicht verpasst werden.

## 6. Zusammenfassung

Das AVG bleibt ein Denkmal der europäischen Rechtskultur und „Mutter aller Verfahrensgesetze“. Die Grundgedanken dieses Prozesses sind immer lebendig in vielen Rechtsordnungen, unter anderem in dem polnischen KPA.

Die Verabschiedung des AVG war die Art der gelungenen Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens in Österreich, in Polen und in den anderen europäischen Staaten, die sich zur Rezeption dieses Gesetzes entschieden haben. Der Wortlaut des AVG zeigt, dass für die Vereinfachung die wichtigste Rolle einfache und präzise Vorschriften spielen. Spezielle Maßnahmen zur Vereinfachung des Verfahrens führen nicht immer zum Erreichen dieses Ziels. Manchmal können sie sogar zu Komplikationen in der Rechtsanwendung führen.

Das AVG hat die Grundzüge des Rechtsdenkens über das ganze Verwaltungsrecht geschaffen. Es führte zu der Vereinheitlichung (Europäisierung) der Verfahrensregeln in vielen Staaten ohne besondere Maßnahmen oder politische Strategien.

Das Bestehen von AVG spielt eine Rolle auch in den gegenwärtigen Diskussionen über die Bedeutung und die Funktionen (der Europäisierung) des Verwaltungsrechts. Es ist und wird in der Zukunft ein Ausgangspunkt für die Diskussionen über die Herausforderungen dieses Rechts sein.



DIE GRUNDLAGEN DES VERWALTUNGSVERFAHRENS IN EUROPA  
LEHREN AUS DEM AVG

THE FOUNDATIONS OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN EUROPE  
LESSONS LEARNT FROM THE AVG

LES FONDEMENTS DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE EN EUROPE  
LES LEÇONS DE L'AVG



# LE DROIT DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE EN TANT QU'INSTRUMENT D'UNIFICATION DU POUVOIR DE L'ÉTAT

*Eva M<sup>a</sup> Menéndez Sebastián\**

## 1. *Approche de la problématique*<sup>1</sup>

Ce travail fait partie de la conférence que j'ai eu l'honneur de présenter lors du congrès « 100 ans d'État de droit dans la vie quotidienne : de la loi générale autrichienne sur la procédure administrative à la procédure administrative européenne », organisé par la Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) à l'Université de Brno en juin 2025.

Face à un titre aussi évocateur que celui qui m'a été suggéré, à savoir « *Le droit de la procédure administrative comme instrument d'unification de l'administration* », et après avoir longuement réfléchi au contenu de mon intervention, j'ai décidé de lui donner une double dimension, en abordant deux questions qui, à mon avis, peuvent s'avérer intéressantes pour le sujet de ce deuxième volet, « les fondements de la procédure administrative ».

La première perspective fait référence à la manière dont le principe démocratique peut être assuré à travers la procédure administrative et, par conséquent, à la manière dont le premier constitue un fondement pour le second.

Et comment le renouvellement du « fondement démocratique » du droit public que l'on a connu ces dernières décennies à travers ce que l'on appelle la « démocratie administrative » se concentre moins « sur un lieu – le Parlement – et un temps – les élections », et désormais se préoccupe davantage par la transparence et le pluralisme dans la pratique quotidienne des procédures administratives.

\* Prof. Dr. Eva M<sup>a</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Professeure de Droit administratif à l'Université d'Oviedo.

<sup>1</sup> Cette publication fait partie de l'aide « L'État stratégique : comment penser à long terme dans les politiques publiques » (réf. PID2024-155142NB-I00), financée par MICIU/AEI/10.13039/501100011033 et par le FSE+, et du projet « Citoyenneté numérique et son reflet administratif (CIADIG) », TED2021-129283B-I00, financé par le Ministère espagnol de la Science, de l'Innovation et des Universités (MICIU/AEI/10.13039/501100011033) et l'Union européenne NextGenerationEU/PRTR.

Comme on le verra, la démocratie ne se limite pas à déléguer l'exercice de la souveraineté tous les quatre ou cinq ans, mais se nourrit également de relations claires, sereines, respectueuses et efficaces entre les citoyens et les pouvoirs publics<sup>2</sup>.

La deuxième perspective que j'ai adoptée, et dont nous pouvons nous demander dans une certaine mesure si elle est une conséquence de la première, fait référence à la manière dont la procédure administrative constitue un élément qui unifie le pouvoir public « étatique » face aux Communautés Autonomes.

Ce faisant, je ferai référence à l'un des problèmes les plus débattus dans le Droit public espagnol, la répartition des compétences entre l'État et les Communautés Autonomes dans ce domaine, car je pense que cela pourrait être intéressant.

## 2. *Première perspective : la procédure administrative en tant qu'instrument de concrétisation du pouvoir et, notamment, de réalisation du principe démocratique*

### 2.1. *Brève présentation de l'évolution de la procédure administrative et de son rôle dans le système juridique*

En ce qui concerne le premier point de vue adopté, à savoir la procédure administrative en tant qu'instrument de concrétisation du pouvoir et, notamment, de réalisation du principe démocratique, je pense qu'il est essentiel de l'analyser dans son environnement actuel.

Et, notamment, de savoir comment la transformation du contexte social, politique, juridique, économique, etc., dans lequel nous vivons, a nécessairement des effets sur la procédure administrative, car, comme la doctrine l'a indiqué, l'institution de la procédure synthétise à toutes les époques et en tout lieu les traits les plus remarquables du Droit public ; elle symbolise la position du citoyen face à l'administration et elle reflète les relations que les pouvoirs publics entretiennent entre eux. En effet, la procédure constitue une pièce essentielle du Droit administratif contem-

<sup>2</sup> J.-M. SAUVÉ, " À la recherche des principes du droit de la procédure administrative ", in *Colloque organisé par la Chaire Mutations de l'action publique et du droit public (MADP) de l'Institut d'études politiques de Paris*, Conseil d'État, Vendredi 5 décembre 2014.

porain ; la première à être affectée à une époque de changements, car elle est, en fin de compte, « l'administration publique en action », ou « la manière de faire que le Droit administratif devienne une réalité »<sup>3</sup>.

C'est précisément parce que la procédure administrative symbolise la position du citoyen face à l'administration qu'il est particulièrement intéressant de connaître le changement subi par cette relation au cours des dernières décennies, parfaitement synthétisée ou visualisée dans les expressions françaises « citoyenneté administrative » et « démocratie administrative ».

Des expressions similaires sont utilisées dans d'autres systèmes, telles « *cittadinanza amministrativa* »<sup>4</sup> en Italie ou le terme allemand « citoyen émancipé » (*mündiger Bürger*)<sup>5</sup>, qui ont sont fortement liées à la gouvernance et à l'impact du « Droit administratif de l'Information », comme je le dirai par la suite.

Il est donc nécessaire de faire attention dans cette première partie à la nouvelle relation des citoyens avec les pouvoirs publics et, notamment, avec l'administration publique, et à son reflet dans des concepts tels que la gouvernance, la bonne administration et, surtout, la citoyenneté et la démocratie administratives. Ainsi qu'à son impact sur la procédure administrative.

De telle façon que, grâce à ces concepts, nous pourrions mieux comprendre le rôle de la procédure administrative dans la réalisation du principe démocratique, sans oublier que l'une des caractéristiques essentielles de l'État est la légitimité.

Je tiens donc à souligner que la procédure administrative est un élément essentiel de l'autorité publique, car elle confère une légitimité aux décisions et aux actions administratives, tout en fermant le circuit démocratique, comme je vais essayer de l'expliquer.

Mais procédons étape par étape ; il faut tout d'abord rappeler brièvement l'origine de la procédure administrative.

<sup>3</sup> J. BARNÉS, « Introducción: reforma e innovación del procedimiento administrativo », in *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008, 15-69.

<sup>4</sup> R. CAVALLO PERIN, « La configurazione della cittadinanza amministrativa », *Diritto amministrativo*, 1 (2004), 201-208.

<sup>5</sup> B. BREDEMEIER, *Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Europäisierung des Verwaltungsrechts*, Mohr Siebek, Tübingen, 2007, 621, affirme dans cette optique que seul un citoyen informé peut être un citoyen actif.

A cet égard, comme l'a souligné *Jean Rivero* en France dans les années soixante du siècle dernier, « la procédure d'élaboration de la décision administrative, tant réglementaire qu'individuelle, peut s'inspirer de deux modèles opposés : la décision juridictionnelle ou la décision militaire. On peut la concevoir comme l'aboutissement d'un processus d'élaboration contradictoire, au cours duquel les intéressés ont été appelés à faire entendre leurs voix (...). On peut aussi la concevoir comme le résultat d'une conférence d'état-major, où les divers départements ont soumis au grand chef, secrètement, leurs besoins et leurs possibilités, les subordonnés n'ayant d'autre rôle que d'obéir aux ordres (...) »<sup>6</sup>.

L'Espagne<sup>7</sup>, comme la France et d'autres régimes européens, a choisi clairement le premier modèle, celui de la décision juridictionnelle.

Ainsi, la conception des premières lois de procédure administrative, tant au XIX<sup>e</sup> qu'au XX<sup>e</sup> siècle, s'inspire ouvertement du schéma judiciaire, civil ou pénal, en fonction de la décision à prendre.

De même que la décision judiciaire, le produit phare de la procédure administrative (*l'acte administratif*) est doté des présomptions et des prérogatives propres des décisions juridictionnelles, tout en étant renforcé par les techniques coercitives du pouvoir.

En fait, le « concept » est imité ou transposé. En d'autres termes, toute décision formelle ou d'une certaine importance, ayant un effet sur les droits et les intérêts des citoyens et/ou ayant une transcendance pour l'intérêt général, doit être prise à travers une procédure administrative, en tant que garantie de réussite et de respect de la légalité subjective.

Le mimétisme du modèle judiciaire s'étend aussi bien aux phases ou séquences dans lesquelles la procédure est articulée – initiation, instruction, conclusion – qu'aux principes les régissant, bien que d'une manière plus simplifiée, et au modèle impératif qui le préside et qui n'est qu'une expression de l'exercice de l'autorité.

Cette procédure administrative de « première génération », selon les

<sup>6</sup> J. RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges Jean Dabin*, Bruylant, 1963, 813.

<sup>7</sup> En ce qui concerne l'origine de la procédure administrative en Espagne, veuillez consulter, par exemple, L. MEDINA ALCOZ, « La cultura del procedimiento administrativo : orígenes y razones de fondo », *Revista General de Derecho Administrativo*, 62 (2023). Et en ce qui concerne sa codification, veuillez consulter M. VAQUER CABALLERÍA, « La codificación del procedimiento administrativo en España », *Revista General de Derecho Administrativo*, 42 (2016).

termes du professeur Barnés<sup>8</sup>, est réservée aux décisions formalisées de l'Administration, en tant que mécanisme d'application du Droit.

Autrement dit, l'Administration utilise la procédure administrative, tout comme le juge utilise la procédure judiciaire, pour faire parler la loi, car tous les deux interviennent ici comme la bouche qui prononce les paroles de la loi.

C'est là que la procédure administrative trouvera sa grandeur et ses réussites évidentes, ainsi que ses limites intrinsèques – que je n'évoquerai pas.

Il suffit de dire que, au contraire, toute autre activité de l'administration – qu'elle soit de prestation ou de service, de nature matérielle ou de Droit privé – ainsi que toute action du secteur privé ayant une certaine portée ou un impact sur l'intérêt général, seront exclues du champ d'application de la procédure administrative.

À partir de cette vision initiale, la procédure administrative est avant tout un instrument ou un mécanisme pour la bonne application du Droit entre les mains de l'administration « impérative », spécialement conçu pour la promulgation d'actes administratifs singuliers (décisions unilatérales/actes administratifs) potentiellement contraignants ou restrictifs de droits. D'où les garanties établies par la procédure.

En ce sens, la procédure administrative remplit une fonction d'appui, accessoire ou subordonnée au Droit substantiel, c'est-à-dire un rôle d'instrument ou au service de la meilleure application du Droit.

Par conséquent, les catégories de nullité de l'acte (l'arrivée à échéance des actes administratifs dans le système français) permettent d'apprécier une moindre gravité en cas de vices de forme ou de procédure<sup>9</sup>.

En outre, cette procédure administrative est structurée selon une vision procédurale en phases successives et elle constitue, en fin de compte, un processus décisionnel, car elle est utilisée pour édicter des actes, approuver des règles, conclure des contrats, élaborer des plans et des projets, entre autres fonctions.

<sup>8</sup> J. BARNÉS, “ Tres generaciones del procedimiento administrativo ”, *Derecho PUCP*, 67 (2011), 82.

<sup>9</sup> En particulier, cela a pour conséquence que la nullité absolue est donc l'exception et l'annulabilité la règle générale, nuancée en outre par le critère des irrégularités non invalidantes ou de la possibilité de rectification et de conservation. Toutefois, il convient de noter que la nullité et l'annulabilité dans le système espagnol sont proches, mais pas exactement identiques, aux termes français de *retrait* et d'*abrogation*, respectivement.

Ce type de procédure administrative répond, en somme, à une administration *impérative*, à un processus hiérarchique, à une loi avec une programmation matérielle à exécuter par l'administration.

Cependant, la situation actuelle est tout à fait différente, car le modèle d'administration a fait l'objet d'une transformation en profondeur à travers ce que l'on appelle la gouvernance, tandis que la relation avec les citoyens a évolué vers la citoyenneté administrative<sup>10</sup>.

Un changement radical qui fournit un cadre très différent dans lequel la procédure administrative est même passée du statut d'accessoire à celui d'être une fin en soi.

En effet, les profondes transformations de l'Etat et de l'administration contemporains, provenant de plusieurs fronts : la globalisation, la dissolution de la frontière claire entre public et privé, le changement dans la relation entre l'administration et les citoyens, la complexité de la réalité, l'augmentation de l'incertitude et des risques ainsi leur prise en compte dans les décisions publiques, etc., ont conduit à ce que l'administration ne décide ni ne puisse décider aujourd'hui comme auparavant.

Actuellement l'administration et la société ont tendance à agir comme des partenaires qui ont besoin l'un de l'autre.

L'administration, en tant que figure distante et implacable, n'existe plus, si elle a jamais existé. Et, surtout, la décision administrative perd son caractère unilatéral pour laisser un plus grand espace au citoyen dans sa formation.

Ce changement majeur dans la conception de la relation administration-administré (aujourd'hui citoyen) découle des fortes exigences contemporaines ; il constitue sans doute une réponse – bien que partielle – au déficit démocratique, européen et national.

D'autre part, comme l'a souligné également le Professeur *Jean-Bernard Auby*, avec les lois sur la transparence et les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et les lois sur les procédures de consultation et de participation publique, le « fondement démocratique » du Droit public a été renouvelé<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> En effet, comme l'a bien indiqué A. JIMÉNEZ-BLANCO, " Cien años de la Ley de procedimiento administrativo de la República de Austria ", *Almacén de Derecho*, Jul 17 2025, depuis leurs débuts jusqu'à la bonne administration de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les lois de procédure administrative ont parcouru un long chemin.

<sup>11</sup> J.-B. AUBY, " Remarques préliminaires sur la démocratie administrative ", *Revue française de droit administratif*, 137-138 (2011), 13-19.

Ainsi, si le Droit administratif se globalise, interagit avec le secteur privé et vise à diriger de nouvelles politiques publiques par le biais de procédures de régulation beaucoup plus complexes, il faudra accompagner cette nouvelle réalité de nouveaux modèles de gouvernance.

Et c'est précisément dans ces modèles que la procédure administrative joue un rôle spécial, étant donné que dans ces nouveaux domaines la loi n'a pas établi la solution matérielle, celle-ci devant être trouvée à travers la procédure administrative.

C'est pourquoi je disais tout à l'heure qu'elle n'est plus accessoire, car dans ces nouveaux scénarios la procédure administrative n'est plus un mécanisme d'application du Droit, mais de création et d'innovation juridiques, de recherche de solutions.

C'est aussi pourquoi le souci initial d'« encadrer le pouvoir dans le Droit », selon les mots du Professeur García de Enterría, c'est-à-dire de soumettre l'administration au principe de légalité, a été dépassé ou élargi vers la nécessité de légitimer démocratiquement ses décisions au-delà de la théorie classique de la chaîne de transmission de la légitimité démocratique.

Ainsi, l'affirmation traditionnelle selon laquelle un exécutif fort ou une administration capable de mettre en œuvre avec diligence les dispositions de la loi est une condition *sine qua non* pour que la démocratie soit effective, fait de la procédure un instrument au service de la démocratie – dans la mesure où elle permet que les décisions que le peuple s'est données à travers ses représentants au parlement deviennent une réalité. Cependant, il convient également de souligner que la procédure devant être complétée par un autre type de fonction légitimante que la procédure puisse remplir dans les cas où elle est utilisée pour compléter le contenu minimal établi légalement.

Bien entendu, la participation doit remplir certaines conditions (que je ne peux pas traiter maintenant), car toute participation ne conduit pas nécessairement à un accroissement de la légitimité démocratique.

Le changement de cette « nouvelle génération » de procédures administratives ne fait donc aucun doute. Le progrès est évident. L'administration est moins réservée, moins unilatérale, plus transparente et plus accessible et, par conséquent et, en règle générale, plus démocratique de ce point de vue<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> P. GOFFAUX, « Droit administratif et démocratie ? », *e-legal*, 7. février 2023.

Bref, elle est passée d'une administration *impérative* à une administration *coopérative*<sup>13</sup>.

C'est justement dans cette perspective que le concept *analytique* du Droit administratif de l'Information (*Informationsverwaltungsrecht*) met l'accent de la discipline sur la relation avec la citoyenneté. Ceci entraîne un nouvel univers d'équilibres entre les valeurs et les principes.

En ce qui concerne cette question, la célèbre école allemande<sup>14</sup> et le mouvement doctrinal de la *Réforme* et, plus tard, la *nouvelle science du droit administratif*, avec *E. Schmidt-Aßmann*, *W. Hoffmann-Riem* et *A. Voßkuhle*, se sont distingués.

Et à partir de la rationalité relationnelle, on trouve une nouvelle corrélation entre le public et le privé, une stratégie de coordination avec la société, dans laquelle la procéduralisation est présentée comme sa première conséquence.

Par ailleurs, la complexité de la réalité dans laquelle l'Administration doit agir fait également nécessaire qu'elle s'ouvre à la société à travers des relations d'information, de communication et/ou de connaissance.

Bref, le Droit administratif étant une science de prise de décisions, la légitimité de l'activité administrative repose de plus en plus sur des aspects et des valeurs relationnels tels que l'information, le dialogue ou l'acceptation de la citoyenneté, dans une réorganisation vers la revitalisation du principe démocratique au cœur du Droit administratif.

Cette nouvelle relation entre les pouvoirs publics et la citoyenneté, comme je l'ai déjà indiqué, a été décrite par la doctrine allemande à travers l'idée du *mündige Bürger* (« citoyen émancipé »)<sup>15</sup> ou l'expression française *citoyenneté administrative*, qui mettent l'accent sur la dimension démocratique de la relation administrative.

<sup>13</sup> J. BARNÉS, " Tres generaciones del procedimiento administrativo ", op. cit., 77.

<sup>14</sup> A cet égard, veuillez consulter l'intéressante thèse de doctorat de S. SISTERO RÓDENAS, *El Derecho administrativo en la Sociedad de la Información. Nuevas claves conceptuales en la relación de la Administración con la ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2024.

<sup>15</sup> Ainsi, selon J. MASING, " Der Rechtsstatus des Einzelnen in Verwaltungsrecht ", in A. VOSSKUHLE, M. EIFERT et C. MÖLLERS (Eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR I3)*, 3<sup>e</sup> ed., C.H. Beck, München, 2022, 658 ss., dans la mesure où l'individu est le point de départ et la finalité du droit administratif (il fait partie intégrante de ses fondements), il est nécessaire de procéder à sa reconstruction dogmatique, en fonction des contours de cette nouvelle citoyenneté, dans une perspective politique, participative et responsable.

## 2.2. La notion de citoyenneté administrative : de l'administration démocratique à la démocratie administrative

Le changement dans la considération de ceux qui ont une relation avec l'administration ou qui utilisent un service public, d'administré ou d'usager<sup>16</sup> à citoyen, a entraîné une transformation qui se reflète dans la notion de *citoyenneté administrative*.

Le changement que la société a connu ces dernières années n'est pas seulement technologique, mais il répond à quelque chose de plus profond, ou, tout au moins, à plusieurs facteurs, ce qui renvoie à son tour à la *nouvelle gouvernance*, au *bon gouvernement* et à la *bonne administration*.

Comme le *Conseil d'État* français le rappelle, les hommes et les femmes sont des êtres sociaux. L'idée de citoyenneté est donc liée au droit de participer aux décisions concernant la communauté politique et elle se trouve donc au cœur de la conception occidentale des rapports entre l'individu et la société<sup>17</sup>.

Néanmoins, il convient de commencer par le début, c'est-à-dire par la raison de ce changement, qui n'est que la confiance, ou plutôt l'objectif de restaurer la confiance des citoyens dans les institutions, qui est à la base du fameux *trust* et qui doit être constante<sup>18</sup>. Cette confiance était déjà présente dans les réformes de la fin du siècle, où l'éthique publique a joué un rôle primordial, notamment dans le célèbre Rapport Nolan<sup>19</sup>, et elle est sans doute au cœur de la transformation de la notion de citoyenneté.

Très brièvement, il importe de préciser que ce travail part d'un concept ou d'une idée de la citoyenneté basée sur trois piliers : projet commun, engagement et égalité, une notion qui conditionnera l'approche adoptée pour traiter ce sujet et qui explique la nécessité de ce que la révolution, qui ébranle les fondements de la société actuelle, soit correctement canalisée et serve à unir et non à éloigner, car ce projet commun, fondé sur

<sup>16</sup> V. DONIER, " Les droits de l'usager et ceux du citoyen ", *Revue française de droit administratif*, 1 (2008), 13.

<sup>17</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*. La Documentation Française, Paris, 2018, 11.

<sup>18</sup> A cet égard, il convient de rappeler les propos du professeur E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996, 102-103.

<sup>19</sup> Comme l'a bien indiqué le professeur L. MARTÍN RETORTILLO, " Intervención ", in VVAA, *Jornadas sobre ética pública*. MAP, Madrid, 1997, 38.

l'égalité et l'engagement des citoyens en faveur du bien commun, est le seul qui peut rendre viables la durabilité sociale, la confiance dans les institutions et l'acceptabilité des décisions.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'analyser la transformation de la relation entre les citoyens et l'administration publique, parce que ce n'est pas en vain que l'on parle aujourd'hui du *citoyen* dans cette relation et non plus de l'*administré*, *usager* ou *intéressé*, comme c'était le cas il n'y a pas si longtemps. Comme on le verra, il s'agit là d'un grand changement, fortement lié au concept même de citoyenneté.

Cette nouvelle position que le citoyen a acquise devant l'administration justifie l'introduction – dans cette perspective de la citoyenneté – des principes sur lesquels repose dans une large mesure la *nouvelle gouvernance publique*, car, en fin de compte, il s'agit d'un reflet fidèle de cette citoyenneté renouvelée, en l'occurrence, au niveau de la gestion.

Il s'agit d'une transformation en profondeur de la relation entre l'administration et les citoyens, auparavant administrés, conformément à ce qui est appelé le passage de l'*administration démocratique* à la *démocratie administrative*.

La question de la *démocratie administrative* reflète un grand changement dans la manière dont la relation entre l'administration et la démocratie était traditionnellement conçue ; l'administration n'est plus appelée à être démocratique, mais à devenir le fer de lance et le vecteur d'une reformulation et d'un approfondissement de la logique démocratique. Toutefois, il ne faut jamais perdre de vue qu'il s'agit d'un complément et non d'un substitut de la démocratie représentative, d'une participation au pouvoir qui ne se limite pas au droit de vote, mais qui se prolonge de manière durable<sup>20</sup>. En outre, tout cela est lié à la bonne administration, dans le sens de l'efficacité et d'une meilleure prise de décisions.

Le changement est visible plusieurs textes législatifs dans lesquels, en effet, l'utilisation du terme *administré*, *intéressé* ou *usager* a été remplacée

<sup>20</sup> Ainsi, comme A. G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, Cacucci, 2020, 53, la représentation et la souveraineté populaire, qui trouve à travers elle un moyen d'expression, ne s'arrêtent pas à la manifestation du suffrage, mais imprègnent chaque moment de la vie institutionnelle, en se réfractant dans une multiplicité de situations et d'institutions qui caractérisent profondément la méthode démocratique. Une administration est donc démocratique si elle est transparente et si elle cherche sa légitimité dans une confrontation constante avec les citoyens, et pas seulement à travers le véhicule électoral ou dans le principe de légalité, qui trouve ses fondements dogmatiques dans la représentation politique.

par celui de *citoyen*. C'est clairement le cas en France avec la *Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations* et, par la suite en Espagne, avec la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, ou la *Ley de Contratos del Sector Público de 2017*.

Ainsi, en reconnaissant que l'administré est aussi un citoyen, les textes en vigueur considèrent que la relation administrative a une dimension civique. L'administration doit fournir aux citoyens les moyens d'exercer leur citoyenneté, et la relation administrative est l'un des moyens d'accès à celle-ci. Ceci transforme la nature de la relation administrative, dans laquelle les citoyens ont le droit de prendre part à l'action administrative et d'accéder à l'administration, qui est tenue de rendre comptes à ceux-ci.

En définitive, la notion de *citoyenneté administrative* met en évidence le passage de l'*administration démocratique* à la *démocratie administrative* et, en résumé, elle traduit le passage de la considération de celui qui a une relation avec l'administration ou utilise un service public d'*administré* ou d'*usager* à celle de *citoyen*, ce qui entraîne qu'il a le droit de prendre part à l'action administrative, de connaître et d'avoir accès à l'administration, qui est obligé de lui rendre des comptes.

L'utilisation croissante de la notion de *démocratie dans l'administration publique* reflète clairement ce changement et implique l'octroi de nouveaux droits à tous les citoyens, *les impliquant* également dans les processus administratifs dans le cadre de mécanismes de délibération et de participation<sup>21</sup>.

La *démocratie administrative* implique que désormais l'administration n'est pas seulement appelée à être démocratique, mais elle doit aussi devenir le fer de lance et le vecteur d'une reformulation et d'un approfondissement de la logique démocratique.

La *citoyenneté administrative* ainsi entendue affirme la dimension civique de la relation administrative, en tant que support de la citoyenneté politique. La citoyenneté administrative ainsi entendue signifie que les électeurs sont en même temps des citoyens *de* l'administration et des citoyens *dans* l'administration, comme G. Dumont l'a remarqué<sup>22</sup>. Et elle

<sup>21</sup> J. CHEVALLIER, " De l'Administration démocratique à la démocratie administrative ", *Revue française d'administration publique*, loc. cit.

<sup>22</sup> G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 2002.

constitue une voie d'accès à la citoyenneté politique, dans le sens d'établir d'une démocratie continue.

En somme, il s'agit donc de rendre effective la citoyenneté à travers la participation des citoyens au pouvoir administratif par le biais d'une participation prolongée, de la rendre effective par le biais de la relation avec l'administration.

Ce n'est pas pour rien que sans l'intervention de l'administration, l'idéal démocratique ne deviendrait pas une réalité, car, comme je l'ai déjà dit, l'administration ferme le circuit démocratique<sup>23</sup>.

### 2.3. *Le rôle de la bonne administration dans la citoyenneté administrative*

Si j'ai évoqué les concepts de gouvernance et de citoyenneté administrative pour comprendre le nouveau contexte dans lequel la procédure administrative se développe, il est également essentiel de mentionner -bien que brièvement- un troisième élément de ce cercle vertueux, à savoir, la *bonne administration*.

Sans entrer dans les détails de ce que l'on entend par *bonne administration* ou de ce qu'elle implique, il convient tout simplement d'en donner une idée approximative, étant donné son rôle fondamental en ce qui concerne la réalisation de la *citoyenneté administrative* à laquelle j'ai fait référence.

Il est en effet pour le moins paradoxal que depuis des années, le terme *bonne administration* soit utilisé non seulement au niveau de la jurisprudence, étant expressément exprimé dans divers textes normatifs, sans qu'aucune définition, notion ou conception de ce qu'est ou de ce que nous devons entendre par *bonne administration* ne soit fournie. Cela arrive dans plusieurs systèmes.

Cette absence de définition plus ou moins concrète et acceptée a fait que, bien qu'il s'agisse d'un aspect clé du Droit administratif, il ne lui ait pas été accordé la force et le rôle qu'il devrait avoir dans ce domaine, et même que son application pratique ait été considérablement reléguée. Ce n'est que récemment que l'on trouve dans la jurisprudence des références

<sup>23</sup> J. BARNÉS, " Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo ", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21 (2019), 81.

à cet élément crucial de notre discipline, bien qu'elles soient encore trop timides, au moins, en ce qui concerne le système espagnol.

L'on va donc essayer ici de mettre en valeur cette notion, de revendiquer son importance dans le Droit administratif actuel et, par conséquent, de souligner la nécessité de lui conférer des effets juridiques concrets, afin de la relier à l'idée de *citoyenneté administrative* ci-dessus. Et bien sûr, il convient de souligner le rôle de l'Union européenne dans tout cela, tant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>24</sup> que le travail incontestable du Médiateur européen. Tout comme la doctrine, étant donné que divers auteurs revendiquent le rôle que cette notion juridique<sup>25</sup> doit jouer.

Il existe ainsi plusieurs points de vue, parmi lesquels une vision plus restrictive<sup>26</sup>, qui permet de la distinguer d'autres termes tels que *bonne gouvernance* ou *bon gouvernement*. En effet, même si le Gouvernement et l'administration sont et ont toujours été étroitement liés, leurs fonctions, leur perspective, leurs principes et les instruments qui leur sont applicables ne peuvent ni ne doivent être identiques.

Dans cette perspective, il convient d'offrir une notion concrète de *bonne administration*, partant de la signification même des mots la composant, ainsi que de sa finalité, qui n'est autre que de servir avec objectivité et efficacité l'intérêt général<sup>27</sup>. Ainsi, il y aura *bonne administration* lorsque celle-ci servira de manière adéquate l'intérêt général<sup>28</sup>. Ce qui sera déterminant c'est l'adéquation des moyens dont elle dispose, dont

<sup>24</sup> Ainsi, depuis la Décision de la Cour de justice du 11 février 1955, *Industrie Siderurgische Associatie* (ISA) contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, affaire 4-54 (ECLI:EU:C:1955:3), jusqu'à celle du 25 juin 2020, affaire SC contre E.K., ECLI:EU:C:2020:505, parmi beaucoup d'autres.

<sup>25</sup> Parmi d'autres, il convient de mentionner, par exemple, en Espagne, *Juli Ponce* ou en France *Rhita Bousta*. Veuillez également consulter à ce sujet l'ouvrage collectif E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (Ed.), *Órganos de garantía de la buena administración*, Atelier, Barcelona, 2025.

<sup>26</sup> R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010.

<sup>27</sup> Comme le prévoit, par exemple, l'article 103 de la Constitution espagnole.

<sup>28</sup> Comme l'a indiqué D. TRUCHET, " La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit ", *Legicom*, 58 (2017/1), 6, le concept d'intérêt général renvoie aux besoins de la population ou, pour reprendre les termes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à la *nécessité publique* (*nécessité publique*), ce que ces besoins ou cette nécessité imposent ou permettent en un lieu et à un moment déterminés est d'intérêt général ; il a également soutenu qu'il s'agit du *leitmotiv* de la législation et de la jurisprudence, qui est en phase avec l'évolution progressive de nos ordres juridiques vers

*Herbert A. Simon* parle lorsqu'il évoque le bon comportement administratif, et sans doute son lien avec l'efficacité<sup>29</sup>, qui a été très tôt liée par la doctrine italienne à la notion de *bonne administration*, à son *bon fonctionnement*<sup>30</sup>.

En conclusion, la notion de *bonne administration* est ici utilisée comme celle qui remplit bien son rôle, servant donc l'intérêt général, mais sans porter atteinte ou dans le respect des intérêts particuliers ; bref, qui met en balance les moyens, les circonstances, les faits, les éléments présents – ce qui renvoie à la motivation, à l'obligation de diligence (qui renvoie en anglais aux notions de *due care* ou de *due diligence*) mentionnée par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>31</sup> – ; et elle prend la meilleure décision, dans le choix de laquelle la procédure appropriée sera pertinente, pour sa réussite.

Ainsi, partant de cette notion plus ou moins concrète, il faut également tenir compte des fonctions spécifiques de la *bonne administration*, c'est-à-dire de la manière dont celle-ci peut apporter quelque chose de plus qu'une simple reconnaissance rhétorique des droits et principes préexistants. Parmi celles-ci, il faut remarquer quatre : bon fonctionnement de l'Administration, où il convient de mentionner l'importance des normes et du *droit souple* ; la bonne décision administrative, à propos de laquelle il faut parler de pouvoir discrétionnaire, de diligence raisonnable, de mise en balance des intérêts, de motivation, d'appréciation des faits et des circonstances, etc. ; un contrôle plus complet, à propos duquel il convient de se demander si l'opportunité juridique n'est pas réellement devenue une partie intégrante du contrôle de légalité lui-même, en se juridifiant d'une certaine manière, et sans oublier qu'il n'est pas seulement judiciaire, car il existe d'autres types de contrôles, par exemple celui exercé par les Médiateurs, qui jouent un rôle essentiel dans cette question ; et la tutelle administrative effective, en tant que quelque chose de plus qu'un ensemble de droits procéduraux et qui, comme Cour Su-

un système de valeurs, et qu'il confère une légitimité à la légalité (« *Il met de la légitimité dans la légalité* »), 5.

<sup>29</sup> Ainsi, H. A. SIMON, *Administrative behavior: a study of decision making processes in administrative organizations*, 2<sup>e</sup> ed., New York, The Free Press, 1957, 38-39.

<sup>30</sup> Référence à l'article 97 de la Constitution italienne.

<sup>31</sup> Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, du 4 avril 2017, affaire C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256, ou celle du 22 novembre 2017, affaire C-691/15 P, ECLI:EU:C:2017:882.

prême espagnole l'affirme, ne se limite pas à la simple observance stricte de la procédure et des formalités<sup>32</sup>.

La nécessité ou l'opportunité de relier la notion de *bonne administration* – dans les termes qui ont été exposés – et celle de *citoyenneté administrative* est mise en évidence par le fait que la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne, le chapitre consacré à la citoyenneté, qui comprend les articles 39 à 46, énonce non seulement le droit de vote, la libre circulation et le séjour, ainsi que la protection diplomatique et consulaire, mais également le droit à une *bonne administration*, le droit d'accès aux documents, le Médiateur européen et le droit de pétition.

Par ailleurs, le lien entre ce qu'on appelle *l'administration délibérative* et la *bonne administration* est évident. Il s'agit donc de répondre en même temps à la nécessité d'une administration transparente et ouverte, facilitant l'acceptabilité de la décision, et à celle d'une administration plus efficace, permettant une réponse plus rapide et plus directe aux besoins exprimés par les citoyens. En outre, si délibérer signifie examiner tous les aspects d'un phénomène afin de prendre la bonne décision à son sujet, cela renvoie à l'idée de *bonne administration*, dans le sens où il s'agit de rechercher la meilleure décision possible tenant compte de tous les éléments présents, conformément au *inquisitorial principle* du système danois<sup>33</sup>.

En fin de compte, il est incontestable que si, pour répondre au besoin d'une *bonne administration*, même si celle-ci est entendue d'un point de vue restrictif lié à l'efficacité et à l'efficience, il est nécessaire de disposer de points de vue incontournables pour prendre les meilleures décisions possibles, dont l'un d'entre eux doit être nécessairement celui des destinataires du service et des citoyens en général, car cela est lié à ce qu'on appelle la conception axée sur les personnes et à la prise en compte des besoins que ces services doivent satisfaire ; bref, à donner une meilleure réponse à ces besoins, ce qui rendra l'administration plus efficace et renforcera sa légitimité, permettant même une meilleure acceptation de ses décisions.

Tout cela sans oublier que, telle que la *citoyenneté administrative* est

<sup>32</sup> Voir, par exemple, l'arrêt 4115/2019 du 18 décembre 2018, ECLI:ES:TS:2019:4115.

<sup>33</sup> H. M. MOTZFELDT, "Reflections on the need for further research within national administrative law before the EU Artificial Intelligence Act comes into effect: A Danish perspective", *European Review of Digital Administration & Law*, Volume 3, no. 1, 2022, 99-102.

conçue, elle intègre la consultation publique dans le processus décisionnel et répond à la considération de l'utilisateur, de l'administré ou de l'intéressé en tant que citoyen. Il ne faut pas oublier qu'en reconnaissant que l'administré est également un citoyen, on considère que la relation administrative a une dimension civique. De cette manière, la relation administrative se transforme et devient l'un des moyens d'accès à la citoyenneté, ce qui entraîne que les citoyens aient le droit de connaître l'administration (transparence), de participer à l'action administrative (participation) et que l'administration doive leur rendre des comptes (responsabilité) ; étant entendu par ailleurs que le respect de ces principes permettra d'obtenir une administration plus efficace et plus efficiente – ce qui renvoie à l'objectif de *bonne administration* – et, en même temps, une plus grande légitimité<sup>34</sup>.

C'est-à-dire, qu'il faut veiller à ce que les décisions adressées aux citoyens soient fondées sur des informations pertinentes, nécessaires et correctes, ce à quoi l'autre grand bouleversement subi par nos administrations – je veux dire par là la transformation numérique et, notamment, l'utilisation de l'IA et avec ceci, la gestion des données et de l'information – peut aussi contribuer.

C'est une question qui a entraîné également d'importantes réformes des lois de procédure administrative ces derniers temps, que je tiens à mentionner.

Sans oublier que le lien des nouveaux outils avec la bonne administration repose essentiellement sur l'efficacité (comme le code de procédure administrative italien le reconnaît expressément), que leur utilisation doit bénéficier de toutes les garanties et qu'il ne s'agit pas de numériser la bureaucratie mais de la rationaliser, comme la professeure D.-U. Galetta l'a souligné<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Le lien entre ces deux concepts a également été souligné par certains auteurs, tels que F. DELPÉRE, " Rapport de synthèse sur la citoyenneté administrative ", *Annuaire Européen d'Administration Publique*, Aix-en-Provence, 2020, 205, pour qui la *bonne administration* est une condition nécessaire à une bonne citoyenneté.

<sup>35</sup> D.-U. GALETTA, " Digital Transition of Public Administration in Italy and the Right to a Good Administration: Problems and Prospects also it in the Perspective of the Implementation of the National Recovery and Resilience Plan ", *European Review of Digital Administration & Law*, 3. A cet égard, voir aussi E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *From Bureaucracy to Artificial Intelligence. The Tension Between Effectiveness and Guarantees*, Milan, 2023 ; A.G. OROFINO, *Forme elettronica e procedimenti amministrativi*, Bari,

#### 2.4. Le rôle de la procédure administrative dans ce contexte : citoyenneté administrative, bonne administration et procédure administrative

Laissant cette question de côté et revenant au thème principal, en conclusion, il s'agit de rechercher une décision motivée – d'où son lien avec les pouvoirs discrétionnaires-, réfléchie et équilibrée, qui prenne soigneusement en considération tous les intérêts en jeu, raisonnable et motivée, prise avec la diligence due et dans un délai raisonnable. Pour ce faire, il est tout à fait essentiel que cette décision soit prise selon la procédure appropriée<sup>36</sup>.

Une procédure administrative qui servira à garantir une tutelle administrative efficace, entendue comme quelque chose de plus qu'un ensemble de droits procéduraux, et qui, comme la Cour suprême espagnole la souligné<sup>37</sup>, et comme je l'ai déjà mentionné, ne se limite pas au simple respect de la procédure et de ses formalités ; ce qui entraîne également des conséquences dans la théorie ci-dessus des vices de l'acte et de la procédure et de leur contrôle ultérieur<sup>38</sup>.

Mais elle est utile également pour parvenir à la meilleure décision possible et elle entraîne, en outre, l'obtention et l'échange d'informations, de telle sorte qu'elle est devenue un canal pour la nouvelle relation entre le pouvoir public et la société, rendant effective la citoyenneté administrative et, par conséquent, le principe démocratique.

Ainsi, en mettant l'accent sur la nouvelle relation entre l'administra-

2008, et A.G. OROFINO, G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. it.*, 2023, 1738 ss.

<sup>36</sup> En ce qui concerne le lien entre bonne administration et procédure administrative, en particulier dans le cadre de l'Union européenne, les travaux de D.-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, O. MIR PUIGPELAT et J. ZILLER, "Context and legal elements of a proposal for a regulation on the administrative procedure of the European Union's institutions, bodies, offices and agencies", *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, 312-360, parmi d'autres travaux du groupe de chercheurs renommés qui a élaboré le Code de procédure administrative de l'Union européenne ReNEUAL, sont particulièrement intéressants.

<sup>37</sup> En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour suprême en matière de bonne administration, veuillez vous référer à l'article doctrinal de A. B. GÓMEZ DÍAZ, "¿Para qué sirve la buena administración? Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Administración Pública*, 223 (2024), 181-214.

<sup>38</sup> Comme j'ai déjà eu l'occasion de l'expliquer plus en détail dans l'ouvrage E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2021.

tion et le citoyen, la procédure administrative cesse d'être un simple instrument pour devenir l'objet ou le but lui-même, dans la mesure où elle est essentielle pour l'amélioration des décisions et elle offre, à son tour, aux citoyens la possibilité d'exercer leur citoyenneté administrative, leur citoyenneté *au sein de l'administration*.

En outre, la procédure administrative, en tant que guide de l'action administrative, favorise la lutte contre la corruption et la discrimination, car elle rend les décisions administratives prévisibles et fiables, elle garantit l'indépendance et la neutralité dans l'application du Droit et elle encourage sa conformité avec les droits fondamentaux.

Finalement, et dans cette première perspective, il est clair que, malgré ses limites, la procédure administrative est un instrument essentiel de l'État de Droit démocratique et, en ce sens, un instrument unificateur de la puissance publique.

### 3. *Deuxième perspective : la procédure administrative commune, compétence exclusive de l'État*

Il convient maintenant d'aborder la procédure administrative depuis la deuxième perspective ci-dessus, c'est-à-dire en tant qu'élément unificateur du pouvoir public de l'État face à celui des Communautés Autonomes, étant donné que dans le système espagnol c'est l'État qui a la compétence exclusive en ce qui concerne la procédure administrative « commune » (c'est-à-dire de droit commun pour toutes les administrations publiques).

Ainsi, on peut se demander si c'est ce rôle crucial de la procédure administrative dans le système démocratique et juridique – auquel j'ai fait référence dans la première partie – qui a conduit la Constitution espagnole à accorder cette compétence à l'État.

Mais, en outre, la répartition des compétences en cette matière est loin d'être pacifique et claire ; au contraire, la notion de *procédure administrative commune* (« procedimiento administrativo común »), qui est au cœur du Droit administratif, est l'une des questions les plus débattues en Droit administratif espagnol.

En effet, la consolidation de l'existence d'une *procédure administrative commune* a été une vraie bataille entre le législateur et les différentes administrations publiques, et même par rapport à la jurisprudence. C'est

ainsi que la doctrine l'a exprimé en affirmant que « *l'histoire de la procédure administrative est, entre nous, l'histoire entre la tension unificatrice de la procédure commune et la tension désagrégatrice des procédures spéciales* »<sup>39</sup>.

Et bien que de nombreux doutes aient été soulevés quant à la compétence pour régler la procédure administrative<sup>40</sup>, je tiens à faire ici référence à deux questions spécifiques qui sont, à mon avis, spécialement pertinentes.

La première concerne la notion même de *procédure administrative commune*, peut-être dans le sens d'une procédure administrative unitaire ?, introduite il y a justement cent ans par la Loi autrichienne de 1925<sup>41</sup>.

Et, deuxièmement, la séparation difficile entre deux matières : la procédure administrative et le régime juridique des administrations publiques, qui entraîne à son tour des conséquences importantes, dont je vais essayer de donner quelques exemples actuels.

### 3.1. *Quelle est la définition de la procédure administrative commune ?*

En ce qui concerne la première question, cette notion est un apport de la Cour Constitutionnelle, dont la doctrine en la matière je vais essayer de résumer, mais qui est loin d'être claire.

En tout état de cause, on peut déduire de celle-ci, tout d'abord, que l'essence de la « *procédure administrative commune* » est de fournir aux citoyens un traitement commun face à l'ensemble des administrations publiques, ce que l'on a appelé le « *modus operandi commun* ».

Ainsi, tout d'abord, la Cour constitutionnelle a affirmé qu'il s'agit

<sup>39</sup> F. GARRIDO FALLA y J. M<sup>a</sup>. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, 2<sup>e</sup> ed., Civitas, Madrid, 1995, 283.

<sup>40</sup> A cet égard, voir, entre autres travaux doctrinaux, celui de J. A. TARDÍO PATO, « Las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en relación con el procedimiento administrativo », *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 296-297 (2004-2005), 163-189.

<sup>41</sup> En ce qui concerne la loi autrichienne sur la procédure administrative, dont le centenaire a été célébré lors du congrès SIPE qui s'est tenu à Brno en juin 2025, veuillez consulter : H. SCHÄFFER, « El procedimiento administrativo en Austria. Origen, desarrollo, situación actual y efectos expansivos de la codificación austriaca de 1925 », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 9 (2005), 423-459.

d'une compétence exclusive de l'État, qui ne se réduit pas à l'établissement de bases ou de règles fondamentales, dans l'exercice desquelles l'État peut choisir plusieurs modèles dans les limites établies par la Constitution elle-même, parmi lesquelles figurent les compétences autonomes<sup>42</sup>.

Cette compétence permet à l'État d'approuver des règles à caractère général et abstrait pour toutes procédures administratives<sup>43</sup>.

Et dans ce sens, la Cour Constitutionnelle affirme que : « L'adjectif " commun " utilisé par le principe constitutionnel permet de comprendre que ce que le constituant a voulu réserver exclusivement à l'État est la détermination des principes ou des règles qui, d'une part, définissent la structure générale de la procédure à suivre pour l'exercice de l'activité juridique de l'administration et, d'autre part, prescrivent la forme d'élaboration, les conditions de validité et d'efficacité, les modalités de contrôle et les moyens d'exécution des actes administratifs, y compris, notamment, les garanties générales des individus dans la procédure. [...] »<sup>44</sup>.

Ainsi, par exemple, la mise en place de l'obligation de rendre une décision expresse dans un délai déterminé fait partie du modèle général de procédure administrative que l'État peut imposer dans l'exercice de sa compétence. Et bien que ce délai soit à la disposition des Communautés Autonomes, l'État peut imposer sa durée maximale, ainsi que la réglementation des conséquences devant découler du non-respect de cette obligation et la détermination du *dies a quo* pour calculer ce délai maximum<sup>45</sup>.

De même, la fixation du sens du silence administratif fait partie de cette compétence exclusive, tant lorsqu'elle est faite sans faire référence à des secteurs matériels concrets que lorsqu'elle concerne une matière ou un secteur concret et qu'une règle générale applicable à tout type de procédure ou à un type d'activité administrative est établie, par exemple, dans le cas du silence administratif négatif pour les procédures relatives à l'exercice d'activités susceptibles de nuire à l'environnement<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 166/2014, du 22 octobre, fondement juridique 5.

<sup>43</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 45/2015, du 5 mars, fondement juridique 6.c).

<sup>44</sup> Dans sa Décision 130/2013.

<sup>45</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 166/2014, du 22 octobre, fondement juridique 6.

<sup>46</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 70/2018, du 21 juin, fondement juridique

Tout comme la réglementation des conséquences de l'absence de décision expresse dans une procédure susceptible d'entraîner des effets défavorables pour l'intéressé. En particulier, la *caducidad automática* en Espagne, sans mise en demeure préalable, des procédures engagées d'office constitue une règle de la procédure administrative commune, qui se justifie par la nécessité d'une garantie minimale, commune à toute procédure visant à la production d'actes administratifs, qui « bénéficie par ailleurs aux administrés » (de nos jours les citoyens, ne l'oublions pas)<sup>47</sup>.

Cette compétence comprend également la réglementation générale relative au contenu minimal et au régime commun de traitement de tout genre de déclaration responsable, en tant que technique d'intervention administrative indépendamment du domaine spécifique dans lequel elle s'applique<sup>48</sup>.

Toutefois, ce domaine de compétence ne comprend pas tous les règlements qui pourraient entraîner indirectement une répercussion ou une incidence sur la procédure ainsi conçue ou dont le non-respect pourrait entraîner la nullité de l'acte<sup>49</sup>.

La délimitation en matière de procédure administrative commune ne répond donc pas au schéma de bases-développement mais à des critères différents selon lesquels la compétence des Communautés Autonomes ne consiste pas à préciser des aspects des bases étatiques, mais elle permet d'établir des règles particulières distinctes dans certaines hypothèses, celles qui découlent de l'organisation propre de la Communauté Autonome.

Les particularités découlant de l'organisation propre des Communautés Autonomes permettent donc à celles-ci d'adapter les règles communes à leurs besoins et intérêts particuliers en ce qui concerne les procédures spéciales qu'elles approuvent dans les matières relevant de leur compétence<sup>50</sup>.

D'autre part, aux effets de cette question, la Cour Constitutionnelle a établi une distinction entre les procédures *ratione materiae* et les procédures administratives communes singulières.

9, avec citation de la Décision de la Cour Constitutionnelle 143/2017, du 14 décembre, fondement juridique 23.

<sup>47</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 157/2019, du 28 novembre, fondement juridique 3.

<sup>48</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 70/2018, fondement juridique 11.

<sup>49</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 50/1999, fondement juridique 3.

<sup>50</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 227/1988, fondement juridique 23.

Pour résumer, en ce qui concerne les procédures *ratione materiae*, lorsque la compétence législative sur une matière a été attribuée à une Communauté Autonome, celle-ci est également chargée d'approuver les règles de procédure administrative destinées à la mettre en œuvre<sup>51</sup>.

Il s'agit d'une compétence connexe à celle dont disposent respectivement l'État ou les Communautés Autonomes pour réglementer le droit applicable de chaque activité ou service de l'administration, même si les règles de procédure établies dans la législation de l'État dans le cadre de ses compétences doivent être respectées dans tous les cas<sup>52</sup>.

D'autre part, en ce qui concerne la procédure administrative commune singulière, cette compétence habilite l'État à réglementer des procédures administratives singulières en fonction du type d'activité administrative exercée (activité de subvention, activité de sanction...) lorsque, en raison de ses particularités, une réglementation modulée est nécessaire tant en ce qui concerne la procédure que d'autres aspects (conditions de validité, d'efficacité...) qui s'inscrivent dans le concept de procédure administrative commune, désormais appliqué à un pouvoir administratif spécifique<sup>53</sup>. Il s'agit de règles établies de manière abstraite mais pour une forme spécifique de pouvoir ou d'activité de l'Administration.

Enfin, à cet égard, il convient de signaler une autre question intéressante tranchée par la Cour Constitutionnelle, par exemple, en ce sens que la procédure d'élaboration des dispositions administratives à caractère général ne fait pas partie de la procédure administrative commune, mais

<sup>51</sup> A cet égard, il est intéressant de connaître la répartition des compétences dans d'autres systèmes juridiques à plusieurs niveaux territoriaux, par exemple en Italie, à propos de laquelle il convient de se référer, entre autres, aux décisions de la Cour constitutionnelle 246/2018, du 27 décembre 2018 (Publication au Journal officiel n° 1 du 2 janvier 2019), 9/2019, du 25 janvier 2019 (Publication dans le Journal officiel n° 5 du 30 janvier 2019), 270/2020 du 18 décembre 2020 (Publication au Journal officiel n° 52 du 23 décembre 2020), 121/2022 du 13 mai 2022 (Publication au Journal officiel n° 20 du 18 mai 2022), etc. ; ainsi que l'article de A. IACOVIELLO, " La competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio tra esigenze unitarie e istanze di differenziazione ", *Rivista AIC*, 2 (2019) ; le travail du professeur A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Cacucci Editore, Bari, 2008, 17-72 ; ou le commentaire de A.I. ARENA, " Autonomia delle regioni e disciplina del procedimento amministrativo (Nota alle sentenze n. 246 del 2018 e n. 9 del 2019 della Corte costituzionale) ", *Regioni: Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, 1 (2019), 282-291.

<sup>52</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 98/2001, du 5 avril, fondement juridique 8.

<sup>53</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 130/2013, en référence à la procédure en matière de subventions.

constitue une procédure administrative spéciale, à l'égard de laquelle les Communautés Autonomes jouissent de compétences exclusives lorsqu'il s'agit de la procédure d'élaboration de leurs propres règles à caractère général<sup>54</sup>.

L'État dispose de compétences exclusives pour édicter des règles de procédure administrative commune, parmi lesquelles figurent les garanties ou droits procéduraux qui doivent être respectés pour l'établissement des dispositions administratives affectant les citoyens<sup>55</sup>. Notamment l'exigence de l'intervention obligatoire d'un organe consultatif dans certaines procédures relevant de la compétence de l'État ou des Communautés Autonomes<sup>56</sup>.

Cette Haute Cour a indiqué également que, étant donné le caractère instrumental du pouvoir de sanction des Administrations publiques dans l'exercice de leurs compétences substantielles<sup>57</sup>, les Communautés Autonomes peuvent adopter des normes administratives de sanction dès lors qu'elles sont compétentes en la matière, ces normes devant être conformes aux garanties constitutionnelles en matière de Droit administratif punitif (art. 25.1 CE) et aux principes de base de l'ordre national, sans qu'il soit possible d'introduire des divergences déraisonnables et disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi par rapport au régime juridique applicable dans d'autres parties du territoire national, en vertu de l'exigence découlant de l'article 149.1.1 CE<sup>58</sup>. De la même manière, la procédure de sanction autonome doit se conformer à la procédure administrative commune.

### *3.2. La distinction complexe entre la procédure administrative commune et le régime juridique des administrations publiques*

En ce qui concerne le second aspect à souligner, il faut tout d'abord rappeler que, dans le cadre de la répartition des compétences établie par

<sup>54</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 15/1989, fondement juridique 7.c)

<sup>55</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 61/1997, fondement juridique 25.

<sup>56</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 204/1992, fondement juridique 4.

<sup>57</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle 157/2004, du 21 septembre, fondement juridique 15.

<sup>58</sup> Décisions de la Cour Constitutionnelle 87/1985, du 16 juillet, fondement juridique 8 ; 227/1988, du 29 novembre, fondement juridique 29 ; et 196/1996, du 28 novembre, fondement juridique 3.

la Constitution espagnole, l'article 149.1.18<sup>a</sup> attribue à l'État la compétence exclusive pour réglementer la procédure administrative commune, comme on l'a déjà vu, tandis que la même clause prévoit qu'en ce qui concerne le régime juridique des Administrations publiques, l'État est compétent pour fixer les bases, les Communautés Autonomes étant donc chargées de les développer.

C'est justement avec l'approbation en 2015 de Loi en vigueur sur la Procédure Administrative Commune des Administrations et la Loi sur le Régime Juridique du Secteur Public (Lois 39 et 40 de 2015 respectivement) que la réglementation de ces deux matières, qui étaient auparavant prévues dans une seule norme, la Loi 30/1992, a été séparée. Ceci a été fortement critiqué par la doctrine et par le Conseil d'État lui-même dans l'avis formulé sur l'avant-projet de cette loi.

Les deux lois visent à réglementer séparément et complètement l'organisation administrative, d'une part, et la procédure administrative commune, d'autre part, justifiant cette option par le fait qu'il s'agit de revenir à ce qui aurait été le critère traditionnel dans notre système juridique.

Cette affirmation est fortement contestée par le Conseil d'État, qui soutient que non seulement elle ne s'inscrit pas dans la tradition juridico-administrative de notre système juridique, mais elle représente également une rupture du schéma suivi jusqu'à présent par le Droit administratif positif espagnol, produisant une fracture dans le traitement systématique que le système d'organisation et de fonctionnement des administrations publiques et la réglementation de la procédure administrative ont reçu traditionnellement.

En outre, l'organe consultatif suprême mentionné ci-dessus estime qu'une telle rupture, loin de servir l'objectif de clarification et de simplification que l'on cherche à atteindre, introduit une confusion considérable dans le système, posant une série d'inconvénients qui mettent en évidence la rigidité du régime suivi et son incapacité pour parvenir à une réglementation appropriée de ces questions.

Cette séparation n'est pas aussi simple, mais elle entraîne d'importantes conséquences pratiques. Ainsi, par exemple, et je voudrais conclure par-là cette question de compétence, deux Communautés Autonomes en Espagne envisagent actuellement la possibilité de réglementer le droit à l'erreur en s'inspirant du modèle français<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> En ce qui concerne la réglementation du droit à l'erreur en France, veuillez

La première question qui s'est posée a été de décider s'ils étaient compétents pour mettre en œuvre cette réglementation, étant entendu que c'est le cas, car il ne s'agit pas d'un droit des citoyens par rapport à la procédure – qui pourrait entrer en conflit avec la compétence exclusive de l'État que l'on analyse – mais plutôt d'un droit des individus devant les administrations publiques, s'agissant donc d'une question de régime juridique des administrations publiques ; à cet égard, comme je l'ai déjà dit, l'État est compétent pour établir les bases et les Communautés autonomes pour en faire de même avec le développement.

Finalement, conformément à cette répartition des compétences, les Communautés Autonomes pourraient réglementer de nouveaux droits des citoyens devant les administrations, comme l'ont fait, par exemple, certaines réglementations autonomes, notamment certains Statuts d'Autonomie<sup>60</sup>, en ce qui concerne le droit à une bonne administration, mais elles ne pourraient pas réglementer les questions relevant à la procédure administrative commune, à l'exception des spécialités dérivées de leur propre organisation.

#### 4. Conclusion

Je voudrais terminer sur cet exemple, soulignant encore une fois l'importance de la procédure administrative comme instrument unificateur du pouvoir public de l'État, ainsi que comme élément à travers lequel l'État de Droit social et démocratique est concrétisé et matérialisé.

consulter J. CHEVALLIER, “ Confiance et droit à l'erreur ”, *Action publique. Recherche et pratiques*, num. 6, mars 2020. Veuillez également consulter le commentaire de la loi française n° 2018-727 du 10 août pour un État au service d'une société de confiance, rédigé par A. BOTO ÁLVAREZ, “ En pos de la confianza: derecho al error y derecho al control ”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50 (2019).

<sup>60</sup> Ainsi, par exemple, en 2006 et 2007, certains statuts d'autonomie ont été modifiés en ce sens, mentionnant même expressément le droit à une bonne administration, comme, par exemple, l'article 9.2 du statut d'autonomie de la Communauté valencienne, l'article 30 de la version actuelle du statut d'autonomie de la Catalogne, l'article 14.2 du statut d'autonomie des îles Baléares, l'article 31 du statut d'autonomie de l'Andalousie, voir à ce sujet C. M<sup>a</sup> ÁVILA RODRÍGUEZ, “ El derecho a una buena Administración en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía: significado y alcance ”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 75 (2009), 289-326 ; ou l'article 12 du Statut d'autonomie de Castille-et-León. Ou, plus tard, le Statut d'autonomie des Canaries, réformé par la loi organique 1/2018, du 5 novembre, portant réforme du Statut d'autonomie des Canaries, qui consacre le droit à une bonne administration à l'article 32.

En définitive, comme la doctrine l'affirme, la procédure est à l'administration ce que la Constitution est à l'État : la règle de base qui accompagne les fonctions assumées par l'administration dans la transformation de la réalité<sup>61</sup>.

Par ailleurs, la procédure administrative sert de courroie de transmission au sein de l'administration des valeurs fondamentales inhérentes à un État de Droit démocratique : rationalité, contrôle et responsabilité, motivation, participation, transparence, consensus, etc.

Il est donc logique qu'une institution aussi centrale fasse l'objet d'un examen législatif et théorique continu, d'où l'intérêt du congrès SIPE qui s'est tenu en juin dernier, auquel j'ai eu l'honneur de participer.

<sup>61</sup> J. BARNÉS, " Tres generaciones del procedimiento administrativo ", op. cit., 85.

# DAS VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHT ALS INSTRUMENT ZUR VEREINHEITLICHUNG DER UNIONSGEWALT

*Markus Ludwigs / Markus Mader\**

## 1. Einleitung

Vor 100 Jahren, am 21. Juli 1925, beschloss der österreichische Nationalrat die Gesetze zur Vereinheitlichung der Verwaltung. Einen zentralen Baustein bildete neben dem Verwaltungsstraf-,<sup>1</sup> dem Verwaltungsvollstreckungs-,<sup>2</sup> dem Verwaltungsentlastungsgesetz<sup>3</sup> und einem Einführungsgesetz<sup>4</sup> vor allem das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG)<sup>5</sup>. Hiermit wurde erstmalig eine moderne, rechtsstaatlich geprägte Kodifikation des Verfahrensrechts der Verwaltung geschaffen. Nach der letzten Wiederverlautbarung im Jahr 1991<sup>6</sup> ist es seit einer Novelle im Jahr 2014<sup>7</sup> entsprechend der Generalklausel in Art. I Abs. 2

\* Markus LUDWIGS ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg; Markus MADER ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand an diesem Lehrstuhl. Bei dem Beitrag handelt es sich um die überarbeitete und erheblich erweiterte Fassung eines Vortrags, den Markus LUDWIGS auf der Tagung der Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) am 27.6.2025 in Brünn zum Thema „100 Jahre Rechtsstaat im Alltag: vom österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz zum europäischen Verwaltungsverfahren“ gehalten hat. Der Beitrag erscheint unter dem Titel „Die Kodifizierung des Europäischen Verwaltungsverfahrenrechts im Spiegel des österreichischen AVG – Kompetenzprobleme, Erkenntnislücken und die Frage nach dem Mehrwert“ auch in Heft 3/2025 der Zeitschrift für Öffentliches Recht (ZöR). Zitierte Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 18.7.2025.

<sup>1</sup> Bundesgesetz v. 21.7.1925 über die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtes und das Verwaltungsstrafverfahren (VStG), BGBl. 275/1925.

<sup>2</sup> Bundesgesetz v. 21.7.1925 über das Vollstreckungsverfahren in der Verwaltung (VVG), BGBl. 276/1925.

<sup>3</sup> Bundesgesetz v. 21.7.1925 über die Vereinfachung der Verwaltungsgesetze und sonstige Maßnahmen zur Entlastung der Verwaltungsbehörden (VEG), BGBl. 277/1925.

<sup>4</sup> Bundesgesetz v. 21.7.1925 zur Einführung der Bundesgesetze über das allgemeine Verwaltungsverfahren, über die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechtes und das Verwaltungsstrafverfahren sowie über das Vollstreckungsverfahren in der Verwaltung (EGVG), BGBl. 273/1925.

<sup>5</sup> Bundesgesetz v. 21.7.1925 über das allgemeine Verwaltungsverfahren (AVG), BGBl. 274/1925.

<sup>6</sup> BGBl. 1991/51 und 1991/52.

<sup>7</sup> BGBl. I 2013/33; zur Ersetzung des im EGVG (Fn. 4) verankerten Enumerativsystems (mit taxativer Anführung der zur Anwendung berufenen Behörden) durch eine

Nr. 1 EGVG auf das behördliche Verfahren der Verwaltungsbehörden anzuwenden, sofern nicht eine der in Art. 1 Abs. 3 EGVG benannten Ausnahmen vorliegt.<sup>8</sup> Der etablierte Rechtsrahmen gilt weithin als gelungenes Vorbild für die umfassende Normierung eines einheitlichen Verwaltungsrechts.<sup>9</sup> Zur Kodifikation kam es erst nach jahrzehntelangem Diskurs und dem zwischenzeitlichen Scheitern mehrerer Initiativen.<sup>10</sup>

In einer ähnlichen Situation mit teils auffälligen Parallelen befindet sich heute die Europäische Union. Eine Kodifizierung des Verwaltungsverfahrenrechts wird hier seit mehr als drei Jahrzehnten diskutiert.<sup>11</sup> Treibende Kraft ist vor allem das Europäische Parlament, während die Kommission bislang nicht für das Projekt zu gewinnen war.<sup>12</sup> Zwar lassen sich die Überwindung monarchischer Verwaltungsstrukturen nach dem

Generalklausel (Art. I Abs. 2 Nr. 1 EGVG n. F.) vgl. BALTHASAR, in: SCHNEIDER / RENNERT / MARSCH (Hrsg.), *ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht (Tagungsband)*, 2016, 65 (76); zum Behördenansatz etwa MELICHAR, *VVDStRL 17* (1959), 183 (195 f.).

<sup>8</sup> EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (31).

<sup>9</sup> ÖHLINGER, *Reform des Verwaltungsstrafrechtes*, 1985, 5: „legislatorische Leistung ohne Vorbild“; RINGHOFER, *ÖJZ* 1950, 269 (269): „legistisches Meisterstück“; WERNER, *JBl* 1956, 109: „Meisterwerk österreichischer Gesetzgebungskunst“; WIEDERIN, in: VON BOGDANDY / CASSESE / HUBER (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. III, 2010, § 46 Rn. 38: „wichtige[r] Beitrag Österreichs zur europäischen Rechtskultur“; zurückhaltender MELICHAR, *VVDStRL 17* (1959), 183 (209): „brauchbares Rechtsinstrument“.

<sup>10</sup> Näher zur Vorgeschichte ADAMOVICH (sen.), *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, Bd. I, 5. Aufl. 1954, 203 ff.

<sup>11</sup> Instruktiv SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2005, CXLIX f., mit Hinweis auf einen Mitte der 1980er Jahre erfolgten Impuls des späteren EuGH-Präsidenten *Ole Due*; s. insoweit die prägnante Schlussfolgerung von DUE in *Cabiers de Droit Européen*, 1987, 383 (396): „Dans nos Etats membres, la procédure administrative fait de plus en plus l’objet de codifications et il est permis de poser la question de savoir si le temps n’est pas venu pour entamer un tel travail sur le plan communautaire“. Vgl. auch das bekannte Diktum von Hans Peter IPSEN aus dem Jahr 1981, der eine allgemeine Kodifizierung des Verwaltungsrechts für noch „verwegener“ erachtete als den Entwurf einer Gemeinschaftsverfassung (vgl. den Diskussionsbericht von ILIOPOULOS, in: SCHWARZE [Hrsg.], *Europäisches Verwaltungsrecht im Werden*, 1982, 117 [123]). Fahrt aufgenommen hat die wissenschaftliche Diskussion dann in den 1990er Jahren, vgl. etwa HARLOW, *ELJ* 2 (1996), 3 ff.; KAHL, *NVwZ* 1996, 865 ff.; SHAPIRO, *ELJ* 2 (1996), 26 ff.; VEDDER, *EuR* Beiheft 1/1995, 75; weitere Nachweise bei SCHNEIDER, in: KAHL / LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2021, § 56 Rn. 2 mit Fn. 8.

<sup>12</sup> Vgl. die Antwort der Kommission (durch den Vizepräsidenten J. Katainen) v. 8.6.2016 auf eine Parlamentarische Anfrage v. 17.5.2016 (*Pavel Svoboda, Heidi Hautala*), abgedruckt in SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), S. 304 f.; ferner MÖLLS, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), S. 48 ff.

Untergang des dualistischen Staats Österreich-Ungarn 1918<sup>13</sup> und die aktuelle Lage der EU nicht gleichsetzen.<sup>14</sup> Die am 12. November 1918 entstandene Erste Republik Österreich befand sich nach dem Ersten Weltkrieg in einer äußerst volatilen Lage.<sup>15</sup> Entsprechend durchsetzungsschwach waren die damaligen Regierungen, was sich in Putschversuchen von innen und einer Abhängigkeit von den Siegermächten nach außen widerspiegelte.<sup>16</sup> Im Kontrast hierzu erweist sich die Europäische Union heute, trotz der von ihr zu bewältigenden „Polykrise“,<sup>17</sup> als ein Garant für Frieden und Kompromissfähigkeit in Europa.<sup>18</sup> Unverkennbar steht aber auch das aktuell in einer Konsolidierungsphase befindliche europäi-

<sup>13</sup> Hierzu EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (32 f.); s. auch WIEDERIN, in: VON BODGANDY/CASSESE/HUBER (Fn. 9), § 46 Rn. 38, mit Hinweis auf den Zwang zu einschneidenden Verwaltungsreformen infolge der Aufnahme einer Völkerbundanleihe zur Sanierung der Staatsfinanzen.

<sup>14</sup> Auf eine in beiden Konstellationen vorliegende krisenhafte „Umbruchsituation“ hinweisend EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (32 f.).

<sup>15</sup> LACHMAYER, in: UHLMANN (Hrsg.), *Codification of Administrative Law: A Comparative Study on the Sources of Administrative Law*, 2023, 39 (56), der die wirtschaftliche Misere als Ursache für die „necessary reform of the inefficient old monarchic administration“ ansieht; ausführlich zur ökonomischen und politischen Situation Österreichs BRUCKMÜLLER, *Geschichte kompakt: Österreich*, 2021, 165 ff.: „Hunger, Krankheit, Kälte und Putschversuche“; zum hemmenden Einfluss der Multi-Ethnizität Österreichs auf eine einheitliche Verfassung vgl. HARTUNG, *Österreich-Ungarn als Verfassungsstaat*, 1918, 27.

<sup>16</sup> Vgl. BRUCKMÜLLER (Fn. 15), 170 ss.; siehe beispielhaft zu den Umsturzplänen der rechtsradikalen „Weißen Internationalen“ LENDVAI, *Die Ungarn*, 2020, 423 ff.

<sup>17</sup> Zur „Polykrise“ der EU unter Rekurs auf die Aspekte „Wertegemeinschaft“, „Migration“, „Brexit“ sowie „Banken- und Finanzkrise“ LUDWIGS/SCHMAHL, in: dies. (Hrsg.), *Die EU zwischen Niedergang und Neugründung*, 2020, 9 ff.; s. auch die Nachweise zur Begriffsbildung bei LUDWIGS, *VVDStRL* 83 (2024), 131 (141 mit Fn. 54 u. 55); grundlegend MORIN, *La Voie*, 2011, 21 ff.; im politischen Bereich vom damaligen EU-Kommissionspräsidenten *Jean-Claude Juncker* aufgegriffen u. a. in einer Rede beim Festakt des Europäischen Forums Alpbach am 21.8.2016 (abrufbar unter [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/speech\\_16\\_2863](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/speech_16_2863)).

<sup>18</sup> Zur EU als „Friedens- und Versöhnungsprojekt“ vgl. NITSCHKE, in: GEHLER / MERKL / SCHINKE (Hrsg.), *Die Europäische Union als Verantwortungsgemeinschaft*, 2020, 127 ff.; das norwegische Nobelkomitee begründete die Verleihung des Friedensnobelpreises im Jahr 2012 damit, dass die EU seit sechs Jahrzehnten zur Stärkung von Frieden und Versöhnung, Demokratie und Menschenrechten in Europa beigetragen hat (im Originaltext abrufbar unter <https://www.nobelpeaceprize.org/laureates/2012>); zum Charakter der EU als „europäische[r] Kompromissmaschine“ siehe LADURNER, *zeit.de* v. 21.7.2020, <https://www.zeit.de/politik/ausland/2020-07/eu-gipfel-corona-krise-wieder-aufbauaufonds-haushalt-verhandlungen>.

sche Verwaltungsrecht vor der Herausforderung einer Systembildung, die in einer Kodifizierung münden könnte.<sup>19</sup>

Im Folgenden soll die aufgeworfene Frage, ob das Verwaltungsverfahrensrecht ein taugliches Instrument zur Vereinheitlichung der Unionsgewalt darstellt, in fünf Schritten beantwortet werden. Nach einer Vergewisserung zum Begriff des Verwaltungsverfahrensrechts und zu den unterschiedlichen Typen des Vollzugs von Unionsrecht (2.) gilt es zunächst die Kodifikationsidee zu entfalten und vorhandene Ansätze auf europäischer Ebene darzustellen (3.). In einem dritten Schritt ist sodann die Reichweite der Unionskompetenz zur Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts auf den unterschiedlichen Vollzugsebenen zu analysieren (4.). Auf dieser Grundlage verengt sich der Fokus im Kern auf das Eigenverwaltungsrecht (5.). Hier werden die bisherigen Ansätze einer Kodifizierung, namentlich der wissenschaftlich geprägte ReNEUAL-Musterentwurf<sup>20</sup> sowie der Entwurf des Europäischen Parlaments,<sup>21</sup> skizziert und verglichen. Die Ausführungen schließen mit Erörterungen, inwieweit ein allgemeines Verfahrensrecht für die EU-Eigenverwaltung tatsächlich einen Mehrwert erzeugen könnte (6.). Im Blick zu behalten sind bei alledem Parallelen und Unterschiede zum österreichischen AVG, um hieraus gegebenenfalls Rückschlüsse für die weitere Entwicklung auf europäischer Ebene ziehen zu können.

<sup>19</sup> Eingehend zu Entwicklung und Stand des europäischen Verwaltungsrechts MAGER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 32 Rn. 4 ff.; s. auch die Beiträge in *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010); zuletzt KAHL, in: ders. / MAGER (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 2025, 1 (11 ff.).

<sup>20</sup> Der auf Englisch erarbeitete und in sieben Sprachen übersetzte Entwurf ist samt näherer Informationen zum Hintergrund abrufbar unter <http://www.reneual.eu/projects-and-publications/reneual-1-0>; s. daneben auch den Abdruck der deutschsprachigen Fassung in SCHNEIDER / HOFMANN / ZILLER (Hrsg.), *ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht*, 2015.

<sup>21</sup> EUROPÄISCHES PARLAMENT, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates für eine offene, effiziente und unabhängige Verwaltung der Europäischen Union gemäß der Entschließung des Europäischen Parlaments v. 9.6.2016 (2016/2610(RSP)), ABl 2018 C 86, 126; vgl. zuvor bereits die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 15.1.2013 mit Empfehlungen zu einem Verwaltungsverfahrensrecht der EU (ABl 2015 C 440, 17) sowie die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 6.9.2001 (C5–0438/2000 – 2000/2212(COS)), ABl 2002 C 72 E, 331, zu dem Sonderbericht des Europäischen Bürgerbeauftragten an das Europäische Parlament im Anschluss an die Initiativuntersuchung betreffend das Vorhandensein und die öffentliche Zugänglichkeit eines Kodexes für gute Verwaltungspraxis in den verschiedenen Gemeinschaftsinstitutionen und -organen.

## 2. Begriff des Verwaltungsverfahrensrechts und Vollzugstypen

Im Ausgangspunkt hat eine kurze Standortbestimmung zum Begriff des Verwaltungsverfahrensrechts und den verschiedenen Typen des Vollzugs von Unionsrecht zu erfolgen. Das Verwaltungsverfahren befasst sich allgemein mit der Frage, wie Behörden die von ihnen benötigten Informationen gewinnen, aufbereiten und auf dieser Grundlage rational handeln.<sup>22</sup> Beim Verwaltungsverfahren als Gegenstand handelt es sich im Einklang mit dem ReNEUAL-Musterentwurf um ein Verfahren, „in dem eine Behörde eine Verwaltungsmaßnahme (...) vorbereitet und trifft“ (Art. I-4 Abs. 2 ME).<sup>23</sup> Vom Verwaltungsverfahren sind das Verwaltungsorganisationsrecht sowie das materielle Verwaltungsrecht abzugrenzen,<sup>24</sup> wobei ersteres Aufbau, Organisation und Zuständigkeiten der Behörden regelt, während letzteres die inhaltlichen Rechte (bzw. Befugnisse) und Pflichten der Bürgerinnen und Bürger sowie der Behörden normiert.<sup>25</sup> Aufgabe eines *Verwaltungsverfahrensgesetzes* ist es

<sup>22</sup> SCHMIDT-ASSMANN / KAUFHOLD, in: VOSSKUHLÉ / EIFERT / MÖLLERS (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 27 Rn. 1; STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), S. 141 (155); s. auch GRÖNER, *Status quo und Perspektiven einer Kodifizierung des europäischen Verwaltungsrechts*, Würzburger Online-Schriften zum Europarecht, Nr. 13 (2023), 2; GUCKELBERGER / GEBER, *Allgemeines Europäisches Verwaltungsverfahren vor seiner unionsrechtlichen Kodifizierung?*, 2013, 100.

<sup>23</sup> STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 141 (156); ähnlich GUCKELBERGER, *NVwZ* 2013, 601 (604): „planvoll geordnete Vorgänge der Informationsgewinnung und -verarbeitung zur Hervorbringung administrativer Entscheidungen“. Vgl. auch BVerfGE 114, 196, Rn. 164, wonach vom Verwaltungsverfahren „das ‚Wie‘ des Verwaltungshandelns, die Einzelheiten des Verwaltungsablaufs, nämlich die Art und Weise der Ausführung eines Gesetzes einschließlich der dabei zur Verfügung stehenden Handlungsformen, die Form der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge“ umfasst wird.

<sup>24</sup> Zur begrifflichen Zusammenführung des „Verfahrensrechts“, des „Organisationsrechts“ sowie des „materiellen Rechts“ als „Trias des Verwaltungsrechts“, vgl. MÖLLERS, in: TRUTE / GROSS / RÖHL / MÖLLERS (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, 489 (493 ff.); allgemein hierzu SCHMITZ, in: STELKENS / BONK / SACHS, 10. Aufl. 2023, *VwVfG* § 1 Rn. 52–56; zu Abgrenzungsproblemen näher SCHOCH, in: ders. / SCHNEIDER, *Verwaltungsrecht*, Bd. III, 6. EL 2024, *VwVfG* Einl. Rn. 79 f.

<sup>25</sup> SCHMITZ, in: STELKENS/BONK/SACHS (Fn. 24), § 1 Rn. 52 m. w. N. und der Gegenüberstellung des formellen Verwaltungsrechts i.w.S. (Verwaltungsorganisationsrecht und Verwaltungsverfahren) mit dem materiellen (allgemeinen und besonderen) Verwaltungsrecht.

folglich, dem behördlichen Entscheidungsprozess einen strukturierten Rahmen zu setzen, um die Verwirklichung sowohl des objektiven Rechts als auch der subjektiven Rechte Einzelner zu gewährleisten.<sup>26</sup>

Die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens ist dabei auf allen Ebenen des Vollzugs von Unionsrecht möglich. Zu differenzieren ist insoweit zwischen den Bereichen des Eigenverwaltungs-, Unionsverwaltungs- und Verbundverwaltungsrechts.<sup>27</sup> Das Eigenverwaltungsrecht adressiert den direkten Vollzug von Unionsrecht durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU.<sup>28</sup> Hiermit angesprochen sind insbesondere die Europäische Kommission (vgl. Art. 17 Abs. 1 S. 5 EUV), die Ämter und Agenturen sowie die Ausschüsse der EU.<sup>29</sup> Das Unionsverwaltungsrecht steht für die Überlagerung und Überformung (kurz: die „Europäisierung“) der von den Mitgliedstaaten beim indirekten Vollzug von Unionsrecht anzuwendenden nationalen Regelungen.<sup>30</sup> Exemplarisch zu nennen sind die Durchführung von EU-Verordnungen, die Umsetzung staatengerichteter Beschlüsse der Kommission (z. B. im Beihilfenrecht) oder der Vollzug unionsrechtlich vorgeprägten nationalen Rechts durch die mitgliedstaatlichen Behörden.<sup>31</sup> Den Europäischen Verwaltungsverbund kennzeichnet schließlich die schrittweise Ablösung der Dichotomie von direktem und indirektem Vollzug infolge einer zunehmenden Vollzugsverflechtung auf den unterschiedlichen Ebenen.<sup>32</sup> Dieses seit den 2000er-Jahren vermehrt auftretende Paradigma findet

<sup>26</sup> Ebenso STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 141 (156 f.).

<sup>27</sup> Vgl. zu den Begrifflichkeiten insb. KAHL, in: GÖRRES-GESELLSCHAFT (Hrsg.), *Staatslexikon*, Bd. II, 8. Aufl. 2018, Sp. 486 ff.; s. auch VON DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, S. 4 ff.; SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 10.

<sup>28</sup> Einen Überblick zum EU-Eigenverwaltungsrecht, auch in Gegenüberstellung zum Unionsverwaltungsrecht, gibt WEISS, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 35 Rn. 7 ff., 37 ff.

<sup>29</sup> WEISS, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 35 Rn. 14 ss. zum Phänomen der Agenturen monografisch FISCHER-APPELT, *Agenturen der Europäischen Gemeinschaft*, 1999; ORATOR, *Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen*, 2017; zum Ausschusswesen näher WEISS, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2010, 50 ss.; am Beispiel der Komitologie DAIBER, *EuR* 2012, 240.

<sup>30</sup> Näher zur Europäisierung des Verwaltungsrechts LUDWIGS, in: KAHL/LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2021, § 8.

<sup>31</sup> Ausführlich STREINZ, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 45 Rn. 15 ff., der als weitere Kategorie die Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben im Übrigen – wie die EU-Grundfreiheiten oder das Beihilferecht – nennt (sog. „respektierender Vollzug“).

<sup>32</sup> Zum europäischen Verwaltungsverbund als „neues Paradigma“ KAHL, *Der Staat* 50 (2011), 353 ff.; LUDWIGS, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 36 Rn. 2 ff.; fundamental SCHMIDT-ASSMANN / SCHÖNDORF-HAUBOLD (Hrsg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2005.

sich heute in einer Vielzahl von Referenzgebieten, die vom Datenschutzrecht und der Finanzmarktaufsicht über die Migrationsverwaltung und Netzregulierung bis hin zur Produktzulassung und zum Stoffrecht reichen.<sup>33</sup>

Die komplexe Gemengelage aus Eigenverwaltung, Unionsverwaltung und Verbundverwaltung bedeutet zugleich einen Wesensunterschied gegenüber der Kodifizierung des *Verwaltungsverfahren*srechts im AVG des Jahres 1925. Während der *Verwaltungsvollzug* in Österreich weitgehend einheitlich für alle Bundes-, Landes- und Gemeindebehörden normiert werden konnte, ist für das europäische *Verwaltungsrecht* zwischen den verschiedenen *Vollzugstypen* zu differenzieren. Dabei muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob eine für den direkten *Vollzug* entwickelte Lösung auch auf den indirekten *Vollzug* übertragen werden kann.<sup>34</sup> Praktische Bedeutung kommt der Differenzierung nicht zuletzt im Rahmen der (unter IV.) noch näher zu beleuchtenden Frage einer Rechtsgrundlage für die Kodifikation auf europäischer Ebene zu.

### 3. *Kodifikationsidee*

Bevor aber das genaue Ausmaß der Unionskompetenzen im Bereich des *Verwaltungsverfahren*srechts diskutiert werden kann, bedarf die *Kodifikationsidee* an sich näherer Betrachtung. Hier sind zunächst der Begriff und die unterschiedlichen Typen von *Kodifikationen* zu präsentieren (3.1.). Im Anschluss werden die Funktionen und Gefahren einer *Kodifizierung* gegenübergestellt (3.2.). Abschließend ist zu fragen, ob und inwieweit sich im geltenden *Verwaltungsrecht* der EU bereits erste Ansätze einer *Kodifizierung* nachweisen lassen (3.3.).

#### 3.1. *Begriff und Typen der Kodifikation*

Was den *Kodifikationsbegriff* angeht, so kann zwischen einem engen und einem weiten Verständnis unterschieden werden.<sup>35</sup> Während der

<sup>33</sup> Überblick bei LUDWIGS, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 36 Rn. 10 m. w. N.

<sup>34</sup> Zu einer möglichen Indizwirkung des *Eigenverwaltungsrechts* für den indirekten *Vollzug* LUDWIGS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 61 (73 ff.) m. w. N. und der Gegenüberstellung von *Autonomie-* und *Parallelisierungsthese*.

<sup>35</sup> Ausführlich zum *Kodifikationsbegriff* im vorliegenden Kontext zuletzt HART-

enge („klassische“) Begriff die vollständige Regelung der erfassten Sachmaterie in einem systematisch geordneten und langlebigen Gesetzbuch voraussetzt (prägnante Beispiele liefern die großen Zivilrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts),<sup>36</sup> wird nach einem weiten Verständnis jegliche Positivierung ungeschriebenen Rechts als Kodifikation verstanden.<sup>37</sup> Ein dritter Ansatz betont schließlich die mit einer Kodifikation verbundene sachlich-inhaltliche Strukturierung des Rechts durch Herausarbeitung generalisierbarer Rechtssätze und deren „Ausrichtung auf ein leitendes Regelungskonzept“.<sup>38</sup> Mit der letztgenannten Sichtweise wird ein überzeugender Mittelweg eingeschlagen, der sich vom überkommenen, nahezu utopische Maßstäbe setzenden Begriffsverständnis partiell löst, ohne den auf Systematisierung gerichteten grundsätzlichen Anspruch einer Kodifikation preiszugeben.

Zusätzliche Systematisierungskraft entfalten die auf Wolfgang Kahl zurückgehenden Unterteilungen nach dem *Regelungsgegenstand* einer Kodifikation einerseits und dem Anspruch auf *inhaltliche Vollständigkeit* andererseits.<sup>39</sup> Danach ist zum einen zwischen einer rechtsgebietsübergreifenden *Generalkodifikation* (wie dem österreichischen AVG oder dem deutschen VwVfG) und einer auf einzelne Rechtsgebiete fokussierten *Bereichskodifikation* (wie der Gewerbeordnung in beiden Ländern) zu unterscheiden. Zum anderen kann zwischen einer inhaltlich umfassend angelegten *Gesamtkodifikation* (wie dem deutschen und österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch) und einer auf einzelne inhaltliche Aspekte fokussierten bloßen *Teilkodifikation* (wie den auf bestimm-

MANN, *Die Kodifikation des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2020, 45 ss., 84 ss.; s. auch schon GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 85 ff.

<sup>36</sup> Hierzu etwa KAHL, in: HOFFMANN-RIEM / SCHMIDT-ASSMANN (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, 67 (83), mit Verweis (u. a.) auf WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, 249 ff., 323 ff.; s. auch LEPSIUS, *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), 179 (198 ff.); SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 3.

<sup>37</sup> In diese Richtung PECHSTEIN, in *FS für E. Klein*, 2013, 619 (619 f., 624 ff.); SCHOLZ, in: *FS FÜR STERN*, 923 (924 f.); wohl auch WISCHMEYER, *AöR* 140 (2015), 415 (416, 430).

<sup>38</sup> SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 6; ähnlich KAHL/HILBERT, *RW* 3 (2012), 453 (454 f.); s. auch SCHMIDT-ASSMANN, *Administrative Law and Process* 26 (2019), 89 (97): „Kennzeichen ist systematische Geschlossenheit“; ähnlich LACHMAYER, in: UHLMANN (Fn. 15), 39 (52), m. w. N.: „process of arranging laws into a system“.

<sup>39</sup> Grundlegend KAHL, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 36), 84; DERS. / HILBERT, *RW* 3 (2012), 453 (455 s.); hieran anknüpfend GRÖNER (Fn. 22), 6; SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 5.

te Handlungsformen beschränkten Verwaltungsverfahrensgesetzen in Deutschland und Österreich<sup>40</sup>) differenziert werden.

### 3.2. Funktionen und Gefahren

Richtet man den Blick nun auf die Funktionen einer Kodifikation,<sup>41</sup> ist im Ausgangspunkt die hiermit angestrebte Rechtsvereinheitlichung hervorzuheben. Diese wird durch Bündelung, inhaltliche Strukturierung und Abstimmung bisher verstreuter Normen erreicht (*Vereinheitlichungsfunktion*).<sup>42</sup> Im Kodifikationsprozess besteht zudem die Gelegenheit, überflüssige Regelungen und Widersprüchlichkeiten zu beseitigen (*Deregulierungsfunktion*). Der hieraus resultierende Gewinn an Klarheit, Verständlichkeit und inhaltlicher Konsistenz führt idealiter zu einer Verringerung des Arbeitsaufwands der Rechtsanwendenden (*Entlastungsfunktion*).<sup>43</sup> Daneben ist eine erhöhte Verlässlichkeit für die Bürgerinnen und Bürger zu erwarten (*Rechtssicherheitsfunktion*),<sup>44</sup> was zur Akzeptanz und Effektivität des Rechts im Alltag beitragen kann (*Akzeptanz- und Effektivierungsfunktion*). Über die bloße Zusammenfassung bestehender Regelungen hinaus vermag der Kodifikationsprozess schließlich auch eine Weiterentwicklung des Rechts anzustoßen (*Innovationsfunktion*).<sup>45</sup> Dabei beruhen entsprechende Fortschritte bisweilen auf einer vergleichenden Analyse von Vorbildern ausländischer Rechtsordnungen (*Rezeptionsfunktion*). Im Weiteren können Kodifikationen auch über den

<sup>40</sup> Zur Fokussierung des deutschen VwVfG auf Verwaltungsakte und öffentlich-rechtliche Verträge (unter Ausklammerung der administrativen Normsetzung, des Verwaltungshandelns in Privatrechtsform und von Realakten) kritisch KAHL/HILBERT, *RW* 3 (2012), 453 (475 ff.); zur weitergehenden Beschränkung des österreichischen AVG auf den individuellen Verwaltungsakt etwa EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (38 ff.).

<sup>41</sup> Zum Folgenden KAHL, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 36), 100 f.; DERS./HILBERT, *RW* 3 (2012), 453 (458 f.); DERS., *JuS* 2018, 1025 (1026); s. auch APPEL, in: KOCH / ROSSI (Hrsg.), *Kodifikation in Europa*, 2012, 1 (7 ff.); SCHMIDT-ASSMANN, *Administrative Law and Process* 26 (2019), 89 (97 ff.); SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 42.

<sup>42</sup> Ausführlich hierzu unter Rekurs auf den Kodifikationsprozess in den Niederlanden der vergangenen 25 Jahre SCHUURMANS / BARKHUYSEN / DEN OUDEN, in: UHLMANN (Fn. 15), 193 (209 ff.); weiterhin COSTA, in: UHLMANN (Fn. 15), 127 (142 ff.).

<sup>43</sup> Vgl. SCHUURMANS / BARKHUYSEN / DEN OUDEN, in: UHLMANN (Fn. 15), S. 193 (209): „(...) has formed a true accelerator for legal development, both within the administration and the courts“.

<sup>44</sup> Eingehend hierzu HARTMANN (Fn. 35), 137 f., 237 ff.

<sup>45</sup> KAHL, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 36), 91.

von ihnen geregelten Bereich hinaus Vorbildfunktion entfalten (*Leitbild- und Modellfunktion*) und ihrerseits eine Rezeption im Ausland erfahren (*umgekehrte Rezeptionsfunktion*).<sup>46</sup>

Die Vielzahl positiv besetzter Funktionen sollte jedoch nicht zur Verklärung der Kodifikation als „Allheilmittel“ führen,<sup>47</sup> wie es im Schrifttum bisweilen den Eindruck hat.<sup>48</sup> Dies begünstigt allenfalls eine unrealistische Bewertung der Sachlage und fördert eine unerfüllbare Erwartungshaltung an den Mehrwert einer Kodifikation. Im Übrigen beinhalten sowohl der Prozess einer Kodifizierung als auch die Etablierung eines systematisch abgeschlossenen Regelwerks zugleich erhebliche Gefahren.<sup>49</sup> Neben der Durchtrennung historisch gewachsener Regelungszusammenhänge (*Zerschneidungsgefahr*) droht etwa die Einebnung sachlich begründeter Unterschiede zwischen einzelnen Teil(rechts-)gebieten (*Nivellierungsgefahr*). Der Anspruch an Vereinheitlichung im Sinne einer systematischen Perfektion darf nicht zur Leugnung bestehender oder Ausblendung potenzieller Disparitäten im Sinne einer *Gleichmacherei* führen.<sup>50</sup> Im Übrigen fördert die Bündelung von Normkomplexen in einem einzigen Gesetzbuch zwar die Einheitlichkeit des Rechts und seiner Anwendung. Zugleich ergeben sich hieraus aber Hürden für künftige Adaptionen, weil ein geschlossenes System spätere Änderungen erschweren kann (*Zementierungs- bzw. Versteinerungsgefahr*). Hiermit verbunden ist das Risiko einer Überalterung, indem der gesellschaftliche, technologische, wirtschaftliche und rechtliche Fortschritt nicht mehr hinreichend abgebildet wird (*Überholungsgefahr*).<sup>51</sup> Dementsprechend wird Kodifikationen von kritischen Stimmen sogar ein „vordemokratische[r] Charakter“ zugeschrieben, da sie den dynamischen Verhältnissen im 21. Jahrhundert nicht entsprechen.<sup>52</sup> Schließlich kann die Verwirklichung

<sup>46</sup> Ähnlich (unter Ausdifferenzierung in weitere Funktionen) KAHL, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 36), 92 ff.

<sup>47</sup> Mit Recht vor einer einseitigen „Verklärung“ oder „Idealisierung“ warnend KAHL, *JuS* 2018, 1025 (1026).

<sup>48</sup> Vgl. den Titel „Mythos Kodifikation“ von KROPFENBERG, *JZ* 2008, 905; unter Bezugnahme auf ebendiesen s. SCHÄRDEL, *Die Bücherkodifikation*, 2012, 61; zuvor bereits HERSCHEL, *DB* 1959, 1440 (1440).

<sup>49</sup> Grundlegend KAHL / HILBERT, *RW* 3 (2012), 453; KAHL, *JuS* 2018, 1025 (1026 f.); hieran anknüpfend GRÖNER (Fn. 22), 31 f.; GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 121 ff.; HARTMANN (Fn. 35), 217 ff., 254 ff., 263 f.; SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 39 ff.

<sup>50</sup> Darauf hinweisend SCHÄRDEL (Fn. 48), 83 f.

<sup>51</sup> Ausführlich SCHÄRDEL (Fn. 48), 86 ff.

<sup>52</sup> Im Kontext der Diskussion um eine Kodifikation des europäischen Verwaltungs-

eines Kodifikationsprojekts zur Verlagerung von Befugnissen auf die jeweils höhere Ebene und einer spiegelbildlichen Kompetenzaushöhlung der jeweils unteren Ebene führen (*Zentralisierungsgefahr*).

Trotz der genannten Risiken scheint die These zu weitgehend, dass Kodifikationen allgemein kein Konzept „unserer Zeit“ mehr sind und eine „*post-codification era*“ angebrochen ist.<sup>53</sup> Eine Zusammenschau der skizzierten Funktionen und Gefahren macht vielmehr deutlich, dass die rechtspolitische Entscheidung für oder gegen eine Vereinheitlichung im Einzelfall unter Abwägung aller Vor- und Nachteile zu erfolgen hat. Mit Blick auf ein allgemeines europäisches Verwaltungsverfahrensrecht kommt es dabei maßgeblich darauf an, ob die Kodifikation zu einem substantziellen Mehrwert führt.

### 3.3. Kodifizierungsansätze im Europäischen Verwaltungsrecht

Eine Antwort auf die Frage nach dem zusätzlichen Nutzen setzt allerdings zunächst eine Bestandsaufnahme der auf Unionsebene bereits existierenden Kodifikationsansätze voraus. Bei näherer Betrachtung ist hier ein *Dreifaches* hervorzuheben: *Erstens* gibt es zahlreiche Sekundärrechtsakte, die das Verwaltungsverfahren in Spezialbereichen regeln.<sup>54</sup> Prägnante Beispiele für solche sektoralen *Bereichskodifikationen* bilden die Kartellverordnung (EG) 1/2003,<sup>55</sup> die Fusionskontrollverordnung (EG) 139/2004,<sup>56</sup> die Beihilfeverfahrensverordnung (EU) 2015/1589<sup>57</sup> und der Zollkodex (in Verordnung (EU) Nr. 952/2013)<sup>58</sup>. *Zweitens* finden sich

rechts LEPSIUS, *JuS* 2019, 14 (16), mit dem wörtlichen Zitat auf S. 16; DERS., *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), 179 (198 ff.); DERS., in: JESTAEDT / LEPSIUS (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, 1 (42 f.); allgemein und grundlegend KÜBLER, *JZ* 1969, 645 ff.

<sup>53</sup> Letzteres attestiert LACHMAYER, in: UHLMANN (Fn. 15), 39 (62); darauf rekurrend UHLMANN, in: DERS. (Fn. 15), 379 (408).

<sup>54</sup> Überblick bei SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 11.

<sup>55</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2002 L 1, 1.

<sup>56</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. 2004 L 24, 1.

<sup>57</sup> Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2015 L 248, 9; vgl. daneben auch noch die Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.12.2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl. 2022 L 330, 1.

<sup>58</sup> Verordnung (EU) Nr. 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v.

im geltenden Unionsrecht auch *Teilkodifikationen* zu Einzelaspekten des allgemeinen Verwaltungsrechts.<sup>59</sup> Exemplarisch hierfür stehen das Sprachenregime der EU (Art. 342 AEUV i. V. m. der Verordnung Nr. 1/1958),<sup>60</sup> die Fristen-Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71<sup>61</sup> sowie der Zugang zu öffentlichen Dokumenten nach Maßgabe der Transparenzverordnung (EG) Nr. 1049/2001<sup>62</sup>.

Bislang fehlt es aber sowohl für die Eigenverwaltung als auch für die Unions- und ebenso die Verbundverwaltung an einer breiter angelegten Generalkodifikation. Hieran ändern auch die an *dritter Stelle* zu nennenden Vorgaben für eine gute Verwaltung in den *Kodizes* der EU-Organe<sup>63</sup> und im *Recht auf gute Verwaltung* aus Art. 41 der Grundrechtecharta (GRCh)<sup>64</sup> nichts. Mangels unmittelbarer Verbindlichkeit der Kodizes und hinreichender Konkretetheit des Rechts auf gute Verwaltung handelt es sich bestenfalls um Ansätze einer Generalkodifikation einzelner Verfahrensgrundsätze.<sup>65</sup> Nicht zu verkennen ist aber, dass gerade das Recht

9.10.2013 zur Festlegung des Zollkodex der Union, ABl. 2013, L 269, 1.

<sup>59</sup> Beispiele bei SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 11; zahlreiche Nachweise auch bei STOBER, in: WOLFF et al., *Verwaltungsrecht* I, 13. Aufl., § 1 Rn. 19. S. auch schon LADENBURGER, in: TRUTE/GROSS/RÖHL/MÖLLERS (Fn. 24), 112, der zudem die punktuellen primärrechtlichen Vorgaben in den Art. 288, 296 und 297 AEUV (Art. 249, 253 und 254 EGV) als Teilkodifikation deutet.

<sup>60</sup> EWG Rat, Verordnung Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. 1958, S. 385.

<sup>61</sup> Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates v. 3.6.1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine, ABl. 1971 L 124, 1.

<sup>62</sup> Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. 2001 L 145, 43.

<sup>63</sup> Zu den Kodizes für gute Verwaltungspraxis des Europäischen Bürgerbeauftragten (abrufbar unter <https://www.ombudsman.europa.eu/de/publication/de/3510>) und der Europäischen Kommission (Anhang zur Geschäftsordnung der Kommission v. 29.11.2000, ABl. 2000 L Nr. 308, S. 32); vgl. SCHULER-HARMS, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, Bd. III, 6. EL 2024, § 39 VwVfG Rn. 20; STELKENS / BONK / SACHS, *VwVfG*, 10. Aufl. 2023, Einl. Rn. 108 ff.; die „bescheidene praktische Relevanz“ betonend LADENBURGER, in: TRUTE/GROSS/RÖHL/MÖLLERS (Fn. 24), 114; differenzierend GUCKELBERGER, *NVwZ* 2013, 601 (602 f.).

<sup>64</sup> Mit Blick auf Art. 41 GRCh von einer „sehr eingeschränkte[n] Teilkodifikation“ sprechend CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf. Rn. 23; weitergehend LADENBURGER, in: TRUTE/GROSS/RÖHL/MÖLLERS (Fn. 24), 116, der von einer „komprimierten Gesamtkodifikation“ spricht.

<sup>65</sup> Überzeugend SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 13; ihm folgend GRÖNER (Fn. 22), 8; zuvor bereits LADENBURGER, in: TRUTE/GROSS/RÖHL/MÖLLERS (Fn. 24), 114 f., 115 ff.

auf gute Verwaltung bedeutsame Impulse für die weitere Herausbildung eines europäischen Verwaltungsverfahrensrechts setzt.<sup>66</sup> Dies gilt umso mehr, als der EuGH aus Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh in jüngerer Zeit eine „facettenreiche Dogmatik“ entwickelt hat,<sup>67</sup> die vermittels der vom Gerichtshof gewonnenen ungeschriebenen Rechtsgrundsätze auch für den indirekten Vollzug von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten bedeutsam ist.<sup>68</sup>

Insgesamt zeichnet sich der *Status quo* auf Unionsebene trotz bedeutender Unterschiede durch gewisse Parallelen zur Situation in Österreich vor der Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts im Jahr 1925 aus. Zum einen war – wie bereits dargelegt – auch das Verwaltungsverfahrensrecht der Alpenrepublik bis zu diesem Zeitpunkt von zahlreichen bereichsspezifischen Regelungen geprägt. Das AVG bildete eine Reaktion auf den fragmentarischen Charakter der inhaltlich disparaten Vorschriften zum Verfahren in den einzelnen Verwaltungsgebieten.<sup>69</sup> Jedenfalls aus Sicht der Protagonisten einer EU-Kodifikation wird damit auch die aktuelle Gemengelage im Europäischen Verwaltungs(verfahrens)recht treffend beschrieben.<sup>70</sup> Zum anderen haben die verstreuten sektorspezifischen Bestimmungen damals wie heute eine Ergänzung durch Richterrecht erfahren. Während der 1876 ins Leben gerufene österreichische Verwaltungsgerichtshof (VwGH)<sup>71</sup> in seiner Judikatur ein regelrechtes „System des Verwaltungsverfahrens“ mit bindenden Rechts-

<sup>66</sup> Darauf hinweisend auch SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 13.

<sup>67</sup> Näher DRECHSLER, in: LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 62. EL 2025, § 8 Rn. 49–68 (wörtliches Zitat in Rn. 117); ausführlich zu Art. 41 GRCh auch GALETTA/ZILLER, *EU Administrative Law*, 2024, 208 ss., mit Qualifikation von Art. 41 GRCh als „unquestionably the very first reference to good administration as a ‚right‘ ever included in a legally binding document“ sei.

<sup>68</sup> Zur Bindung der Mitgliedstaaten an zentrale Gewährleistungen des Rechts auf eine gute Verwaltung näher JARASS, *GRCh*, 4. Aufl. 2021, Art. 41 Rn. 11; MAGER, in: KAHL / MAGER (Hrsg.), *Verwaltungshandeln*, 2022, 415 (417); PABEL, in: KAHL / LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. IV, 2022, § 115 Rn. 13; vgl. auch schon GRZESZICK, *EuR* 2006, 161 (167).

<sup>69</sup> Anschaulich ADAMOVICH (Fn. 10), 203 ff., mit Verweis auf die zur Problemlösung von den Oberbehörden erteilten Dienstinstruktionen, die aber „zu keiner Einheitlichkeit des Verfahrens führen [konnten], da jede Oberbehörde ihre Weisungen unabhängig von den Weisungen anderer Ressorts [erteilte]“.

<sup>70</sup> CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf. Rn. 5: „signifikante Fragmentierung“; s. auch KAHL, in: DERS./MAGER (Fn. 19), 24 f.: „wildwuchsartiges“ Bild an Bereichs- und Teilkodifikationen“.

<sup>71</sup> Zur Bedeutung prägnant JABLONER, *JBl.* 2001, 137 (137), wonach der VwGH „für

grundsätzen entwickelte,<sup>72</sup> kommt diese Rolle auf Unionsebene dem EuGH im Wege wertender Rechtsvergleichung zu.<sup>73</sup> Ein bedeutsamer Unterschied liegt allerdings darin, dass die Entscheidungen des VwGH in Österreich nicht auf sektorspezifische Aussagen beschränkt blieben. Vielmehr stand es allen Personen frei, den VwGH mit der Behauptung anzurufen, durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in ihren Rechten verletzt zu sein.<sup>74</sup> Nach dem Prinzip der Generalklausel unterlag jeder Bescheid jeglicher Verwaltungsbehörde einer Überprüfung durch den VwGH.<sup>75</sup> Daraus folgte ein ungleich höherer Grad an Abstraktions- und Verallgemeinerungsfähigkeit. Die Aussagekraft der EuGH-Judikate bleibt demgegenüber grundsätzlich auf jene Bereiche begrenzt, in denen ein Vollzug von Unionsrecht erfolgt.<sup>76</sup>

#### 4. Kompetenzrechtliche Grundlage

Lässt sich nach dem Gesagten festhalten, dass auf Unionsebene aktuell keine breiter angelegte Generalkodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts existiert, gilt es im nächsten Schritt zu hinterfragen, ob der EU hierfür überhaupt eine Kompetenz zustünde. Dabei ist zwischen dem Eigenverwaltungsrecht, dem Unionsverwaltungsrecht und dem Bundesverwaltungsrecht zu differenzieren.

Österreich [ist], was der Conseil d'Etat für Frankreich ist“; anknüpfend WIEDERIN, in: VON BODGANDY/CASSESE/HUBER (Fn. 9), § 46 Rn. 37.

<sup>72</sup> ADAMOVICH (Fn. 10), 204; WIEDERIN, in: VON BODGANDY/CASSESE/HUBER (Fn. 9), § 46 Rn. 36 ff.; s. auch MIECKE, Regelmäßigkeiten der Entstehung einer Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts in Deutschland und Österreich mit einem Ausblick auf die Europäische Union, 2008, 267 s.; für eine systematische Darstellung der vom VwGH entwickelten Grundsätze eines Administrativverfahrens TEZNER, *Das österreichische Administrativverfahren*, 2. Aufl. 1925.

<sup>73</sup> GRÖNER (Fn. 22), 8.

<sup>74</sup> WIEDERIN, in: VON BODGANDY/CASSESE/HUBER (Fn. 9), § 46 Rn. 36, unter Rekurs auf Art. 15 Abs. 2 des Staatsgrundgesetzes vom 21.12.1867 über die richterliche Gewalt (R.G.Bl. 144/1867), wonach es jedermann, der durch Entscheidungen oder Verfügungen einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptete, freistehe, „seine Ansprüche vor dem Verwaltungs-Gerichtshofe im öffentlichen mündlichen Verfahren wider einen Vertreter der Verwaltungsbehörde geltend zu machen“.

<sup>75</sup> ADAMOVICH (Fn. 10), 293 f.

<sup>76</sup> Daneben auf die begrenzte Klagebefugnis von Individuen im Kontext von administrativer Normsetzung, Verträgen und Informationsmanagementaktivitäten hinweisend CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf. Rn. 23.

#### 4.1. Eigenverwaltungsrecht

Für die EU-Eigenverwaltung erscheint eine Abstützung auf Art. 298 Abs. 2 AEUV als Rechtsgrundlage naheliegend. Danach werden die Bestimmungen zur Ausübung administrativer Aufgaben der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union vom Unionsgesetzgeber durch Verordnungen erlassen. Zwar wurde vereinzelt behauptet, Art. 298 AEUV bleibe auf die internen Verfahren der Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der EU beschränkt.<sup>77</sup> Eine derart restriktive Lesart lässt sich aber weder aus dem Wortlaut noch aus Systematik und Zweck der Norm ableiten.<sup>78</sup> Sie steht überdies im Kontrast zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift.<sup>79</sup> Zu erinnern ist insoweit daran, dass Art. 298 AEUV auf die gescheiterte Verfassung für Europa zurückgeht und durch den Vertrag von Lissabon ins Primärrecht aufgenommen wurde. Die Materialien des Verfassungskonvents deuten darauf hin, dass mit der Vorschrift eine nähere Ausgestaltung des auf Außenwirkung gerichteten, subjektiven Rechts auf gute Verwaltung (Art. 41 GRCh) ermöglicht werden sollte.<sup>80</sup> In systematischer Hinsicht spricht zudem die – nach innen gerichtete – Regelung über interinstitutionelle Vereinbarungen in Art. 295 AEUV dafür, dass Art. 298 AEUV gerade nicht auf die Binnenorganisation beschränkt bleiben, sondern auch das Handeln der EU-Eigenverwaltung mit Außenwirkung erfassen soll.<sup>81</sup> Vor diesem Hintergrund

<sup>77</sup> So noch RUFFERT, in: CALLIESS / RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 298 AEUV Rn. 12: „Art. 298 Abs. 2 nimmt *allein* das interne Organisationsrecht der EU-Eigenverwaltung in den Blick“ (Hervorhebung v. Verf.); jetzt aber anders in der 6. Aufl. (2022), wonach Art. 298 Abs. 2 AEUV „vor allem“ das interne Organisationsrecht adressiert.

<sup>78</sup> HATJE, in: SCHWARZE, *EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 298 AEUV Rn. 20.

<sup>79</sup> Überzeugend SAURER, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, Bd. 4, 2. Aufl. 2023, Art. 298 AEUV Rn. 17 f.; s. auch GRÖNER (Fn. 22), 10 f.; GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 133; HATJE, in: SCHWARZE (Fn. 78), Art. 298 AEUV Rn. 3.

<sup>80</sup> Vgl. insb. den Bericht des Vorsitzenden der „Arbeitsgruppe V – Ergänzende Zuständigkeiten“ für die Mitglieder des Konvents, CONV 375/1/02 REV 1, mit der Empfehlung (auf S. 18) eine Ermächtigung der Union zu schaffen: „Regeln für gute Verwaltung in den Institutionen der EU anzunehmen“; siehe auch die Working Documents Nr. 13 v. 30.7.2002 und Nr. 21 v. 4.9.2002 der „Arbeitsgruppe V: Ergänzende Zuständigkeiten“ des Europäischen Konvents; vgl. aus der Lit. ferner GÄRDITZ, *DÖV* 2010, 453 (460); LADENBURGER, in: TRUTE/GROSS/RÖHL/MÖLLERS (Fn. 24), 118.

<sup>81</sup> Ebenso im Ergebnis CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf. Rn. 34 ff.; GRÖNER (Fn. 22), 9 ff.; GUCKELBERGER, *NVwZ* 2013, 601 (606); EBERHARD, *Die*

bedarf es auch keines Rückgriffs auf die subsidiäre Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV.<sup>82</sup> Zu beachten ist allerdings, dass neben Art. 298 Abs. 2 AEUV auch Kompetenzgrundlagen für eine sektorspezifische Rechtssetzung existieren. Dies betrifft etwa die Gebiete der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen gem. Art. 86 Abs. 1, 4 AEUV oder der Sprachenregelungen für die europäischen Rechtstitel in Art. 118 Abs. 2 AEUV. Ein Rekurs auf zwei oder mehr Rechtsgrundlagen wird hier regelmäßig aufgrund der inkompatiblen Verfahrensvorgaben ausscheiden.<sup>83</sup> Sofern kein methodisches Vorrangverhältnis besteht,<sup>84</sup> kommt ein Abstellen auf den sachlichen Schwerpunkt des Unionsrechtsaktes in Betracht.<sup>85</sup> Anderenfalls bleibt (im Falle der inhaltlichen Teilbarkeit) nur der aufeinander abgestimmte Erlass mehrerer Rechtsakte.

#### 4.2. Unionsverwaltungsrecht

Gänzlich anders zu beurteilen ist die Kompetenz der EU zur Generalkodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts für den indirekten Vollzug. Eine Zuständigkeitsübertragung auf die Union, wie sie nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV) erforderlich wäre, ist insoweit nicht erfolgt.<sup>86</sup> Der explizite

*Verwaltung* 50 (2017), 23 (28); SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 14; aus Art. 298 Abs. 2 AEUV weitergehend einen „Gesetzgebungsauftrag“ für eine Gesamtkodifikation entnehmend LADENBURGER, in: TRUTE/GROSS/RÖHL/MÖLLERS (Fn. 24), 119; zurückhaltender und einzig eine Mosaikkompetenz aus sektoralen Kompetenztiteln und Art. 298 Abs. 2 AEUV für tragfähig erachtend DRECHSLER, in: LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 62. EL 2025, § 8 Rn. 116.

<sup>82</sup> GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 135 m. w. N., verweisen nur insoweit auf Art. 352 AEUV, als eine Abstützung auf Art. 298 Abs. 2 AEUV als Kompetenzgrundlage abgelehnt werden sollte.

<sup>83</sup> Näher zur Problematik der Doppel- oder Mehrfachabstützung LUDWIGS, *Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag*, 2004, 292 ff.; SCHWARTZ, *Die Wahl der Rechtsgrundlage im Recht der Europäischen Union*, 2013, 183 ff.

<sup>84</sup> Allgemein auf die Lex-specialis-Regel verweisend SCHWARTZ (Fn. 83), 83 f., die allerdings zugleich betont, dass der Gerichtshof im Falle des Fehlens einer expliziten Vorrangregelung im Primärrecht eine solche typischerweise ablehnt und auf eine Schwerpunktprüfung abstellt; näher zur gedanklichen Schrittfolge bei der Ermittlung der richtigen Rechtsgrundlage eines Unionsrechtsaktes bereits LUDWIGS (Fn. 83), 284 f.

<sup>85</sup> Zu undifferenziert CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf. Rn. 40, die allgemein für eine Schwerpunktbetrachtung plädieren.

<sup>86</sup> Statt vieler EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (28); GRÖNER (Fn. 22), 11 ff.; GUCKELBERGER, *NVwZ* 2013, 601 (606 f.); LADENBURGER, in: TRUTE/GROSS/RÖHL/MÖLLERS (Fn. 24), 119.

Kompetenztitel für das Eigenverwaltungsrecht in Art. 298 Abs. 2 AEUV legt vielmehr den Umkehrschluss nahe, dass es an einer allgemeinen Zuständigkeit der EU für das Unionsverwaltungsrecht fehlt.<sup>87</sup> Es überzeugt insbesondere nicht, wenn Vertreterinnen und Vertreter von ReNEUAL auch nationale Stellen beim indirekten Vollzug von Unionsrecht unter die in Art. 298 (Abs. 1) AEUV angesprochene „europäische Verwaltung“ fassen wollen.<sup>88</sup> Zu verweisen ist dabei erneut auf die Genese von Art. 298 AEUV aus dem Verfassungsvertrag von 2004. Ausweislich der Materialien zum Verfassungskonvent sollte die Regelung zur europäischen Verwaltung allein die „*Institutionen der EU*“ betreffen,<sup>89</sup> während eine Erstreckung auf nationale Stellen nicht intendiert war. Für einen Sinneswandel im Rahmen der Aushandlung des Vertrags von Lissabon ist nichts ersichtlich. Mit dem ebenfalls im Verfassungsvertrag angelegten Art. 197 AEUV (Art. III-285 VVE) wurde vielmehr eine eigenständige Vorschrift zur effektiven Durchführung des Unionsrechts auf Ebene der Mitgliedstaaten geschaffen. Danach ist im Bereich der Verwaltungszusammenarbeit jegliche Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften ausgeschlossen (Abs. 2). Hierin kommt zum Ausdruck, dass der EU keine Kompetenz für eine breit angelegte Generalkodifikation des Unionsverwaltungsrechts übertragen werden sollte.<sup>90</sup> In diese Richtung weist zugleich die Systematik des zu Art. 197 AEUV sinnverwandten Art. 291 AEUV.<sup>91</sup> Danach obliegt es im Regelfall den Mitgliedstaaten, die verbindlichen Rechtsakte der Union nach innerstaatlichem Recht durchzuführen (Abs. 1), während eine Übertragung von Durchführungsbefugnissen an die Kommission (oder den Rat) die restriktiv zu praktizierende Ausnahme darstellt (Abs. 2).<sup>92</sup> In der Folge scheitert auch eine Aktivierung der

<sup>87</sup> KAHL, *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), 11 (61); GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 148.

<sup>88</sup> CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf. Rn. 42 ff.

<sup>89</sup> Vgl. insb. den Bericht des Vorsitzenden der „Arbeitsgruppe V – Ergänzende Zuständigkeiten“ für die Mitglieder des Konvents, CONV 375/1/02 REV 1, S. 17 f., mit dem wörtlichen Zitat (Hervorhebung im Original).

<sup>90</sup> Ähnlich EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (28); GRÖNER (Fn. 22), 14; GUCKELBERGER, *NVwZ* 2013, 601 (606); VON DANWITZ, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 247 (249 f.); SCHOCH, in: DERS./SCHNEIDER (Fn. 63), Einl. Rn. 710; GLASER, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformlehre*, 2013, 637; SAURER, in: PECHSTEIN/NOWAK/HÄDE (Fn. 79), Art. 298 AEUV Rn. 6 f., 16.

<sup>91</sup> Vgl. RUFFERT, in: CALLIESS/RUFFERT (Fn. 77), Art. 197 AEUV Rn. 5; ähnlich OHLER, in: STREINZ (Hrsg.), 3. Aufl. 2018, Art. 197 AEUV Rn. 2: „Parallelvorschrift“.

<sup>92</sup> Näher zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis LUDWIGS, *NVwZ* 2018, 1417 (1419)

Flexibilitätsklausel aus Art. 352 AEUV daran, dass eine hierauf gestützte Harmonisierung nicht zur Umgehung von Harmonisierungsverboten aus anderen Vorschriften – wie Art. 197 Abs. 2 AEUV – führen darf (Art. 352 Abs. 3 AEUV).<sup>93</sup> Im Übrigen bewegt sich eine Vereinheitlichung des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts in den Mitgliedstaaten ohnehin weder – wie von Art. 352 Abs. 1 AEUV gefordert – im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche<sup>94</sup> noch handelt es sich überhaupt um ein Ziel der Verträge<sup>95</sup>. Letzteres wird durch die alleinige Bindung der EU-Eigenverwaltung an das Recht auf gute Verwaltung aus Art. 41 GRCh bestätigt.<sup>96</sup>

Etwas anderes ergibt sich schließlich auch nicht vor dem Hintergrund der durch den EuGH entwickelten allgemeinen Grundsätze zum Verwaltungsverfahrensrecht.<sup>97</sup> Insoweit gilt es im Ausgangspunkt festzu-

f.); GALETTA, *EuR* Beiheft 1 (2012), 37; zur umstrittenen Einordnung der u.a. in Art. 291 AEUV zum Ausdruck kommenden „Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten“ (grundlegend EuGH, Rs. C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12, Rn. 65, 67 – Delena Wells) als normativer Grundsatz z. B. LUDWIGS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 61 (68); in Richtung einer bloßen heuristischen Zustandsbeschreibung ohne Maßstabsfunktion zuletzt allerdings EuGH, Rs. C-718/18, ECLI:EU:C:2021:662 Rn. 118 f. – Kommission/Deutschland.

<sup>93</sup> Gegen eine Abstützung auf Art. 352 AEUV auch GRÖNER (Fn. 22), 16 ff.; GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 147; SCHOCH, in: ders./Schneider (Fn. 63), Einl. Rn. 728; KAHL, *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), 11 (60); KRÖNKE, *Verfahrensautonomie*, 53 ff.; STELKENS, in: STELKENS/BONK/SACHS, *EuR* Rn. 143; a. A. MIR PUIGPELAT, *Die Verwaltung*, Beiheft 8 (2009), 177 (207 f.), mit Vermengung der Kompetenzergänzungsklausel aus Art. 352 AEUV und der Lehre von den *implied powers*; offen CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf. Rn. 48; eine Heranziehung von Art. 352 AEUV für Buch V in Erwägung ziehend SCHNEIDER, in: DERS./RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 3 (10).

<sup>94</sup> KAHL, *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), 39 (60); LUDWIGS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 61 (87).

<sup>95</sup> GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 148; LUDWIGS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 61 (87).

<sup>96</sup> Zur Bindung nur der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union durch Art. 41 GRCh EuGH, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336 Rn. 44 ff. – Mukarubega; C-249/13, ECLI:EU:C:2014:2431 Rn. 29 ff. – Boudjlida; EuGH, C-471/22, ECLI:EU:C:2024:99 Rn. 41 – Agentsia „Patna infrastruktura“; s. auch PABEL (Fn. 68), § 115 Rn. 12 m. w. N.; a. A. TERHECHTE, in: PECHSTEIN/NOWAK/HADE (Fn. 79), Art. 41 GRCh Rn. 16.

<sup>97</sup> In diese Richtung GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 150; wohl ebenso DRECHSLER, in: LUDWIGS (Hrsg.), *EU-WirtschaftsR-Hdb*, § 8 Rn. 116. A. A. dagegen DE LEÓN, *Composite Administrative Procedures in the European Union*, 2016, 410 ff., der im Kontext des Verbundverwaltungsrechts argumentiert, dass jedenfalls allgemeine Grundsätze kodifiziert werden könnten (S. 412: „certain guarantees and mechanisms of cooperation to ensure the coherence of the procedure and the respect for right of the individuals concerned by such procedures.“); ausf. zu den allgemeinen Grundsätzen für den Vollzug

halten, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs für sich genommen keine kompetenzerweiternde Wirkung entfalten kann.<sup>98</sup> Im Bereich des indirekten Vollzugs wäre eine Normierung nur insoweit möglich, wie sich eine Zuständigkeit der EU für das Verwaltungsverfahrensrecht aus den übertragenen Einzelermächtigungen in den materiellen Sachgebieten nachweisen lässt. In Betracht kommt daher allenfalls, die einzelnen sektoralen Regelungen zum Verwaltungsverfahren so auszugestalten, dass zwischen ihnen möglichst weitgehende Übereinstimmung hergestellt wird.<sup>99</sup> Eine sektorenübergreifende Generalkodifikation (zumal in einem einzigen Rechtsakt) wäre hiermit indes nicht verbunden. Im Übrigen bedürfte es zur Wahrung der sektorspezifischen Besonderheiten einer Abstraktionshöhe, die den Mehrwert der positiven Normierung ohnehin erheblich schmälern dürfte.

#### 4.3. Verbundverwaltungsrecht

Nur selten näher diskutiert wird schließlich das Vorliegen einer Ermächtigung der EU zur sektorenübergreifenden Kodifizierung des Verfahrensrechts der Verbundverwaltung.<sup>100</sup> Zu bedenken ist hier zunächst, dass die Verbundverwaltung keinen kategorial eigenständigen Teil des Europäischen Verwaltungsrechts darstellt. Es handelt sich vielmehr um eine neuartige Form der Mischverwaltung, die sich zwischen die Schichten aus direktem und indirektem Vollzug schiebt und diese gleichsam integrativ überlagert.<sup>101</sup> Aus dieser Einordnung folgt zugleich, dass Art.

des Unionsrechts zuletzt DRECHSLER, in: LUDWIGS (Hrsg.), *EU-WirtschaftsR-Hdb*, § 8 Rn. 41 ff.

<sup>98</sup> Für die aus Art. 41 GRCh abgeleiteten Verfahrensrechte folgt dies bereits explizit aus Art. 51 Abs. 2 GRCh und Art. 6 Abs. 1 S. 2 EUV, die zudem nur klarstellende Funktion aufweisen und somit auch vom EuGH entwickelte allgemeine Rechtsgrundsätze erfassen, vgl. PACHE, in: PECHSTEIN/NOWAK/HÄDE (Fn. 79), Art. 6 EUV, Rn. 36 f.

<sup>99</sup> GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 151, weisen insoweit auf ein mögliches „Mosaik des sektoralen Verwaltungsverfahrensrechts“ hin, das eine „einheitliche Farbe“ erhalten könne, indem eine bestimmte sektorspezifische Regelung zum Verwaltungsverfahren als Grundlage ausgewählt wird, auf die die anderen sektoralen Regelungen dann nur noch verweisen; ähnlich wohl auch DRECHSLER (Fn. 97), § 8 Rn. 116

<sup>100</sup> Verneinend etwa KAHL, *JuS* 2018, 1025 (1032); in diese Richtung auch VON DANWITZ, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 247 (250); EIFERT, ebenda, 214 (218); SCHWARZE, ebenda, 261 (263); tendenziell bejahend CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf. Rn. 45 (vgl. aber auch Rn. 59 a. E.: „besonders komplex“).

<sup>101</sup> KAHL, *Der Staat* 50 (2011), 353 (356); LUDWIGS, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 36

298 Abs. 2 AEUV nur den Erlass von Verfahrensregeln für die Handlungsbeiträge der in Verbundstrukturen agierenden EU-Behörden abdecken kann.<sup>102</sup> Das korrespondierende Handeln nationaler Behörden im Rahmen der Verbundverwaltung wird hingegen nicht umfasst.<sup>103</sup>

Für Art. 298 AEUV lässt sich ein anderes Ergebnis auch nicht unter Verweis auf implizite Zuständigkeiten der EU herleiten. Nach der Lehre von den *implied powers* erfasst die einem Organ explizit übertragene Kompetenz zugleich jene Befugnisse, ohne die die Hauptkompetenz nicht vernünftig oder zweckmäßig ausgeübt werden kann.<sup>104</sup> Mit Blick auf die Verbundverwaltung steht ihrer Aktivierung jedoch entgegen, dass Art. 298 AEUV für eine umfassende Kodifikation des Verfahrensrechts der EU-Eigenverwaltung gerade uneingeschränkt tragfähig erscheint. Eine Erweiterung auf das breite Feld der Handlungsbeiträge nationaler Stellen im Rahmen der Verbundverwaltung hätte nicht nur flankierenden Charakter, sondern würde die intendierte Fokussierung der Ermächtigungsgrundlage auf den direkten Vollzug konterkarieren. Zwar existieren bereits heute Verfahrensregeln der Union für die Interaktion von nationaler und europäischer Verwaltung. Die auf EU-Kompetenzen zur Regelung besonderer Materien des Verwaltungsrechts (wie Art. 114 oder 194 AEUV) gestützten Rechtsakte beschränken sich indes auf einzelne Bereiche (wie die Netzindustrien) und erheben nicht den Anspruch einer Generalkodifikation.<sup>105</sup>

Rn. 9; anders SCHNEIDER, Beiheft 8 (2009), 9 (19), der weitergehend zwischen Verwaltungsverbund und integrativem Vollzug differenzieren will, wobei die Trennlinie undeutlich bleibt; in Richtung einer eigenständigen dritten Kategorie des Europäischen Verwaltungsrechts VON DANWITZ (Fn. 27), 612; LADEUR/MÖLLERS, *DVB* 2005, 525 (526).

<sup>102</sup> GEBER, *EuZW* 2013, 298 (301); SAURER, in: PECHSTEIN/NOWAK/HÄDE (Fn. 79), Art. 298 AEUV Rn. 6 f., 16.

<sup>103</sup> GEBER, *EuZW* 2013, 298 (301); MÖLLS, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 48 (53); SAURER, in: PECHSTEIN/NOWAK/HÄDE (Fn. 79), Art. 298 AEUV Rn. 6 s., 16.

<sup>104</sup> St. Rspr., grundlegend EuGH, Rs. 8/55, Slg. 1955/56, S. 291 (312) – *Fédéchar*; aus der Lit. etwa LUDWIGS, *Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag*, 2004, 239 ss.; PACHE, in: PECHSTEIN/NOWAK/HÄDE (Fn. 79), Art. 6 EUV Rn. 45 f.; zum Ursprung im US-amerikanischen Verfassungsrecht näher JOSWIG, *Die implied-powers-Lehre im amerikanischen Verfassungsrecht*, 1996.

<sup>105</sup> Zum Energiesektor aus jüngerer Zeit etwa HALLER, *Der Verwaltungsverbund in der Energieregulierung*, 2013; LUDWIGS, in: RUFFERT (Hrsg.), *Enzyklopädie des Europarechts*, Bd. V, 2. Aufl. 2020, § 5 Rn. 133 ff.; SCHOLZ, *Die europäische Energieregulierung vor dem Hintergrund des Integrationsgefüges in der EU*, 2020, 66 ff.; SCHÜLER, *Der institutionelle Regulierungsrahmen für die europäische Energiewirtschaft*, 2019, 176 ff.; zur Telekommunikation KÜHLING, in: RUFFERT (Hrsg.), *Enzyklopädie des Europarechts*, Bd. V, 2. Aufl. 2020, § 4 Rn. 78 ss.; zum Eisenbahnsektor BRITZ, *EuR* 2006, 46 (67 ff.).

Der hier vertretene Standpunkt wird auch durch Art. 197 AEUV bestätigt, der die Verbundverwaltung adressiert.<sup>106</sup> Dessen Absatz 2 gewährt der EU gerade nur unterstützende Befugnisse (Satz 1) und schließt jegliche Harmonisierung aus (Satz 4), sodass weitergehende Kompetenzen der EU erkennbar nicht begründet werden sollen. Damit scheidet – parallel zur Unionsverwaltung – auch bezüglich der Verbundverwaltung ein Rückgriff auf die Kompetenzergänzungsklausel des Art. 352 AEUV aus, soweit die Handlungsbeiträge der nationalen Stellen in Rede stehen.<sup>107</sup>

#### 4.4. *Zwischenergebnis und Seitenblick auf das AVG in Österreich*

Als Zwischenergebnis bleibt nach alledem festzuhalten, dass eine gesicherte Rechtsgrundlage zur EU-Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts nur für die Eigenverwaltung besteht. In den Bereichen der Unionsverwaltung und des europäischen Verwaltungsverbands bedürfte es hingegen einer vorherigen Änderung des Primärrechts.

Bei einem Vergleich mit der Situation in Österreich wird deutlich, dass der Frage nach einer Kompetenzgrundlage auch im Kontext der Verabschiedung des AVG zentrale Bedeutung beigemessen wurde. Im Jahr 1925 stützten sich die Verwaltungsgesetze zunächst auf eine hierfür eigens in Kraft gesetzte ausschließliche Bundeskompetenz zur Gesetzgebung in den Angelegenheiten des Verwaltungsverfahrens (Art. 11 Abs. 1 Nr. 7 B-VG a. F.).<sup>108</sup> Um den einheitlichen Verwaltungsgesetzen eine „einwandfreie verfassungsrechtliche Grundlage“ zu geben,<sup>109</sup> wurde mit der B-VG-Novelle von 1929 dann in Art. 11 Abs. 2 B-VG n. F.

<sup>106</sup> Für eine Einordnung von Art. 197 AEUV als „programmatische Generalklausel zur Verwaltungszusammenarbeit in der Union“ OHLER, in: STREINZ (Fn. 91), Art. 197 AEUV Rn. 1 m. w. N.; ähnlich RUFFERT, in: CALLIESS/RUFFERT (Fn. 77), Art. 197 AEUV Rn. 4; kritisch GÄRDITZ, *DÖV* 2010, 453 (462), der in Frage stellt, ob „Absatz 1 überhaupt einen Regelungsgehalt“ aufweise.

<sup>107</sup> GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 153 f. m. w. N.; RUFFERT, in: CALLIESS/RUFFERT (Fn. 77), Art. 197 AEUV, Rn. 4.

<sup>108</sup> BGBl. 1925/271; näher hierzu HENGSTSCHLÄGER/LEEB, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 7. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 3 mit Fn. 2; KOLONOVITS/MUZAK/STÖGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 12. Aufl. 2024, Rn. 36. Art. 11 Abs. 1 Nr. 7 B-VG a. F. lautete: „Bundessache ist die Gesetzgebung, Landessache die Vollziehung in folgenden Angelegenheiten: (...) 7. Verwaltungs- und Verwaltungsstrafverfahren einschließlich der Zwangsvollstreckung sowie die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts auch in Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht“.

<sup>109</sup> ÖHLINGER (Fn. 9), 10.

eine Bedarfskompetenz implementiert.<sup>110</sup> Danach erfolgt eine bundesgesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens „auch in den Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht“, soweit ein Bedürfnis nach Erlass einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird. Seit einer Ergänzung im Jahr 1974 darf der Materiengesetzgeber auch auf Landesebene<sup>111</sup> explizit abweichende Bestimmungen treffen, wenn diese „zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind“.<sup>112</sup> Die Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrensrechts steht damit unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung,<sup>113</sup> wobei der Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Erforderlichkeitsklausel eng auslegt und eine „Unerlässlichkeit“ von Abweichungen fordert.<sup>114</sup> Ungeachtet der auch hier verbleibenden Zweifelsfragen<sup>115</sup> ist vor diesem Hintergrund zu konstatieren, dass die Kompetenzlage in Österreich geklärt ist, wovon auf Ebene der EU keine Rede sein kann.

### 5. Kodifikation des Eigenverwaltungsrechts im Fokus

Angesichts der begrenzten Kompetenzausstattung der EU überrascht es auch nicht, dass die bislang unterbreiteten Vorschläge einer Kodifizie-

<sup>110</sup> ÖHLINGER (Fn. 9), 10; vgl. auch KOLONOVITS/MUZAK/STÖGER (Fn. 108), Rn. 36, mit Hinweis auf die Einordnungsvorschrift des Art. II § 1 V-ÜG 1929 (BGBl. 393), nach der die am 21. Juli 1925 erlassenen Verwaltungsverfahrensgesetze als Bundesgesetze im Sinne des Art. 11 Abs. 2 B-VG gelten; ausführlich WERNER, *JBl* 1956, 109 f.

<sup>111</sup> Zuvor wurde bereits eine Abweichungsmöglichkeit des Bundes angenommen, vgl. RV 182 BlgNR 13. GP 16: „Nach der bisherigen verfassungsgesetzlichen Rechtslage war die Bundesgesetzgebung an die einmal getroffenen und auf Art. 11 Abs. 2 [B-VG] sich stützenden verwaltungsverfahrenrechtlichen Regelungen nicht gebunden und konnte daher in jedem Einzelfall in Verwaltungsgesetzen abweichende verfahrensrechtliche Vorschriften treffen.“

<sup>112</sup> BGBl. 444/1974; näher zur Abweichungsmöglichkeit von Bundes- und Landesgesetzgeber HENGSTSCHLÄGER/LEEB (Fn. 108), Kap. 1 Rn. 3 ff.; zum Kriterium der Erforderlichkeit vgl. ÖHLINGER (Fn. 9), 13 ff. m. w. N.; zur Zuständigkeitskonkurrenz auf Gesetzgebungsebene WIEDERIN, *Bundesrecht und Landesrecht*, 1995, 93.

<sup>113</sup> St. Rspr.; exemplarisch VfSlg 16.460/2002; 17.346/2004; ausführlich ÖHLINGER/EBERHARD, *Verfassungsrecht*, 13. Aufl. 2022, Rn. 252; zur Subsidiaritätsklausel im deutschen VwVfG (§ 1 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1: „soweit nicht“) und dem daraus resultierenden, erweiterten Spielraum des Fachgesetzgebers zur Abweichung von den Regelungen des VwVfG vgl. EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (37).

<sup>114</sup> VfSlg 8945/1980; 9214/1981.

<sup>115</sup> Näher ÖHLINGER (Fn. 9), 12 ff.

rung des Verwaltungsverfahrenrechts den Fokus nahezu vollständig auf die EU-Eigenverwaltung legen.<sup>116</sup> Besondere Aufmerksamkeit verdienen der ReNEUAL-Musterentwurf einerseits sowie die Initiativen des Europäischen Parlaments andererseits. Beide Ansätze werden im Schrifttum ausführlich diskutiert und zum Teil sogar durch weitere Vorschläge ergänzt.<sup>117</sup>

### 5.1. ReNEUAL-Musterentwurf

Der erste ausformulierte Entwurf einer Kodifikation des EU-Verwaltungsverfahrenrechts datiert auf das Jahr 2014. Er wurde vom fünf Jahre zuvor (2009) gegründeten Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL) erarbeitet, dem heute rund 200 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sowie eine Reihe von Praktikerinnen und Praktikern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten angehören.<sup>118</sup> Die Entstehung des Vorschlags beruhte auf einer vergleichenden Untersuchung des europäischen Eigenverwaltungsrechts einerseits sowie entsprechender nationaler Normatbestände andererseits. Daneben flossen auch außereuropäische Regelungsmodelle sowie die Entscheidungspraxis des EU-Bürgerbeauftragten in die Analyse ein.<sup>119</sup> In methodischer Hinsicht wurde mithin ein primär qualitativer Ansatz gewählt,<sup>120</sup> der auch Fortentwicklungen des europäischen Verwaltungsrechts umfasst.<sup>121</sup> Der ReNEUAL-Entwurf er-

<sup>116</sup> Zu Überlegungen im Hinblick auf die Gebotenheit einheitlicher Regelungen für den indirekten Vollzug, vgl. berichtend GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 140 ff. m. w. N.

<sup>117</sup> Erwähnung verdient hier vor allem ein 2020 von *Lucas Hartmann* vorgelegter Regelungsvorschlag (HARTMANN [Fn. 35]), der sich auch auf eine organisationsrechtliche Kodifikation für die dezentralen Agenturen erstreckt (hierzu noch näher in Fn.120, 145 und 170).

<sup>118</sup> Instruktiv SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER, JZ 2015, 265 ff.; s. auch die Informationen auf der Website zum Projekt unter <https://renewal.eu/>.

<sup>119</sup> RENNERT, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 20 ff.

<sup>120</sup> Anders hingegen der *L. Hartmann*, der in methodischer Hinsicht eine „quantitative Analyse“ vornimmt, „die mehr auf eine statistische Auswertung einer Vielzahl von Verordnungen als auf dogmatische Begriffsbildung ausgerichtet ist und die Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede zwischen den einzelnen Verordnungen sichtbar machen soll“ (HARTMANN [Fn. 35], 269, 457); siehe hierzu auch unter „6.“.

<sup>121</sup> BERGER, in: UHLMANN (Fn. 15), 353 (355); SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 23; SCHWARZE, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 261 (262); RENNERT, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 20 ff.; so auch die Bemerkungen von FEHLING auf der Tagung des BVerwG am 5./6.11.2016, zitiert nach ABROMEIT, DÖV 2016, 345 (345).

weist sich dergestalt als „innovative Kodifikation auf der Grundlage wer-tender Rechtsvergleichung“.<sup>122</sup>

Neben dem EU-Eigenverwaltungsrecht deckt der in sechs Bücher gegliederte ReNEUAL-Musterentwurf auch Aspekte der europäischen Verbundverwaltung, vor allem in den Bereichen der Amtshilfe (Buch V) und des behördlichen Informationsmanagements (Buch VI) ab.<sup>123</sup> Die einschlägigen Vorschriften sind auch für den mitgliedstaatlichen Handlungsbeitrag in Verfahren der Verbundverwaltung von Relevanz.<sup>124</sup> Nicht erfasst wird hingegen das klassische Unionsverwaltungsrecht (explizit Art. I-1 Abs. 2 ME). Von den Handlungsformen der Verwaltung werden die administrative Normsetzung in Buch II, Einzelfallentscheidungen in Buch III und Verwaltungsverträge in Buch IV abgedeckt.

In den Worten der Protagonisten zielt das ReNEUAL-Projekt auf „die Verbesserung der Durchführung des Unionsrechts und der administrativen Umsetzung europäischer Politikziele durch die Transformation der rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungsprinzipien der Union in eine allgemeine Kodifikation mit hinreichend konkreten verwaltungsrechtlichen Bestimmungen“ ab.<sup>125</sup> Der Musterentwurf soll einen „Rechtsrahmen (...) entwerfen, der durch leicht zugängliche, funktionale und klare Regeln die Rechte und Pflichten von Bürgern und Behörden gleichermaßen sichtbar macht“.<sup>126</sup> Zwar erfuhr der Vorschlag eine überwiegend positive Rezeption. Zugleich war aber auch Kritik zu verzeichnen, wobei u. a. die Verwendung einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe<sup>127</sup> und der Verzicht auf Regelungen zur Bestandskraft,<sup>128</sup>

<sup>122</sup> SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 22.

<sup>123</sup> Ausführlich BERGER, in: UHLMANN (Fn. 15), 353 (355 ff.); näher SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 20, der ergänzend auf die in Buch III (zu den Einzelfallentscheidungen) normierten „koordinierenden Grundprinzipien“ für Verbundverwaltungsverfahren insbesondere im Hinblick auf die Betroffenenanhörung (vgl. Art. III-24 ReNEUAL-ME) verweist; ähnlich EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (28 ff.); s. insoweit aber auch CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf., Rn. 57, mit der Klarstellung (im Lichte von Art. I-1 Abs. 3 ME), dass „der Anwendungsbereich von Buch III auch für Verbundverfahren auf die Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der EU begrenzt [wurde]“.

<sup>124</sup> EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (28 ff.).

<sup>125</sup> SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER, *JZ* 2015, 265 (265), auch mit dem wörtlichen Zitat im folgenden Satz.

<sup>126</sup> SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER, *JZ* 2015, 265 (265).

<sup>127</sup> KRAFT, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 154 (156 f.).

<sup>128</sup> KRAFT, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 154 (161).

zur Ermessensausübung<sup>129</sup> sowie zu den Fehlerfolgen in den Büchern II und III<sup>130</sup> gerügt wurde.<sup>131</sup>

Ungeachtet der grundsätzlichen Zustimmung, die insbesondere der Teil zum Eigenverwaltungsrecht (Bücher I bis IV) im Schrifttum erfahren hat, wurde der Entwurf bislang nicht realisiert. Er teilt insoweit das Schicksal verschiedener Gutachten und Studien im Vorfeld des österreichischen AVG.<sup>132</sup> Aufgrund der Einbeziehung des Rechts der Verbundverwaltung (samt der mitgliedstaatlichen Handlungsbeiträge) wäre eine Umsetzung im Übrigen ohnehin erst nach vorheriger Änderung des EU-Primärrechts möglich. Vor diesem Hintergrund könnte ein bescheidenerer Ansatz höhere Realisierungschancen aufweisen.

Das Research Network arbeitet im Übrigen bereits seit dem Jahr 2018 an einem ReNEUAL-Entwurf 2.0, der auf drei Aspekte zugeschnitten ist.<sup>133</sup> Zum einen liegt der Fokus im Verwaltungsverfahren auf der Herausbildung abstrahierbarer Grundprinzipien<sup>134</sup> und umfasst

<sup>129</sup> FEHLING, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 143 (152 f.).

<sup>130</sup> FEHLING, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 143 (153); KRAFT, ebenda, 161; SCHWARZE, ebenda, 261 (261); STÜER, *DVB* 2016, 100 (103); WALLRABENSTEIN, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 118 (120 f.); s. auch GRÖNER (Fn. 22), 29 f. m. w. N.; anders aber STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 141 (157 f.), der betont, dass Fehlerfolgenregelungen prozessrechtlicher Natur seien und ihre Aussparung in ReNEUAL daher nur konsequent erscheine.

<sup>131</sup> Weitere Kritikpunkte bezogen sich auf die Einbeziehung der wettbewerblichen Vertragsabschlussverfahren in Buch IV (BURGI, ebenda, 182 [186 f., 192]) sowie auf den zu weitgehenden Grad der Verrechtlichung und das zu extensive Ausmaß der Vereinheitlichung (EIFERT, ebenda, 214 [221 ff., 224 f., 230]); positiv würdigte BVerwG-Präsident a.D., Prof. Dr. Rennert die Kodifikations-, Legitimations- und Kulturationsfunktion des Entwurfs (DERS., in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 19 ff.) und hob insbesondere das Kapitel über Verwaltungsverträge als „großen Fortschritt“ (S. 21) hervor; näher zu Reaktionen, Einwänden und Kompromissvorschlägen KAHL, in: DERS./MAGER (Fn. 19), 22 ff. m. w. N.

<sup>132</sup> Hierzu ADAMOVICH (Fn. 10), 204 s., unter Verweis auf die im Jahr 1904 publizierten, vom Ministerpräsidenten *E. von Koerber* in Auftrag gegebenen „Studien über die Reform der inneren Verwaltung“ sowie den Entwurf einer „Ministerialverordnung, mit der die Grundsätze des Verfahrens vor den politischen Behörden festgestellt werden“, der der 1911 eingesetzten „Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform“ (Vorsitz: *E. Freiherr von Schwarzenau*) vorlag.

<sup>133</sup> ReNEUAL, ReNEUAL 2.0, abrufbar unter <http://www.reneual.eu/projects-and-publications/reneual-2-0>; ausführlich hierzu BERGER, in: UHLMANN (Fn. 15), 353 (359 ff.).

<sup>134</sup> Insoweit besteht wiederum eine Parallele zur Kodifikation des AVG: Auch hier war ursprünglich keine detaillierte Regelungs-dichte intendiert, sondern lediglich die Normierung allgemeiner Rechtsgrundsätze avisiert (HELLMER, *Der Einfluß der neuen Verwaltungsgesetze auf die richterliche Tätigkeit*, *Gerichts-Zeitung* 1925, 172 [173]: „Festlegung

mutmaßlich keine Detailvorgaben für die Behörden, was eine höhere Akzeptanz in der europäischen Verwaltung erzeugen könnte. Hierbei sollen die allgemeinen Grundsätze rechtsvergleichend aus den nationalen Verwaltungsgesetzen der europäischen Staaten, der Rechtsordnung der EU und dem Recht des Europarates abgeleitet werden. Zum anderen ist eine Ergänzung des Entwurfs um zwei zeitgemäße Aspekte vorgesehen: So bilden die Digitalisierung der Verwaltung sowie das internationale und transnationale Verwaltungsrecht neuartige Säulen der ReNEUAL-Version 2.0. Das Projekt ist mithin um die Einbindung des stetigen technischen und gesellschaftlichen Fortschritts bemüht, was seine Verwirklichungschancen steigern könnte. Die Aktualität des Vorhabens bestätigt jedenfalls die neuerliche EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 22.11.2023, in der Empfehlungen zu den Themen Digitalisierung und Verwaltungsrecht beschlossen wurden.<sup>135</sup>

### 5.2. Entwurf des Europäischen Parlaments

Partiell inspiriert durch den ReNEUAL-Musterentwurf hat das Europäische Parlament im Jahr 2016 seinen Vorschlag einer Verordnung „für eine offene, effiziente und unabhängige Verwaltung der EU“ unterbreitet,<sup>136</sup> dessen Verabschiedung in einer EntschlieÙung der StraÙburger Abgeordneten vom 22. November 2023 erneut gefordert wurde.<sup>137</sup> Zur Begründung verweist die EntschlieÙung aus dem Jahr 2016 auf das „Fehlen eines kohärenten und umfassenden Katalogs an kodifizierten verwaltungsrechtlichen Bestimmungen“.<sup>138</sup> Gegenüber ReNEUAL fällt der Entwurf mit nur 30 statt 132 Artikeln deutlich kürzer aus und bleibt auf die Eigenverwaltung sowie die Beiträge der EU-Behörden an Verbundverwaltungsverfahren beschränkt.<sup>139</sup> Zudem werden mit Blick auf

einheitlicher Grundsätze unter Vermeidung eines Eingehens auf Einzelfragen“; für eine Auflistung der Grundsätze vgl. MANNLICHER/CORETH, *Das Verwaltungsverfahren*, 2. Aufl. 1927, XLII).

<sup>135</sup> Ausführlich in Fn. 173 sowie 174 zur EntschlieÙung des Europäischen Parlaments v. 22.11.2023 mit Empfehlungen an die Kommission für Digitalisierung und Verwaltungsrecht, P9\_TA(2023)0426.

<sup>136</sup> Nachweis in Fn. 21.

<sup>137</sup> Ausführlich in Fn. 173 sowie 174.

<sup>138</sup> EUROPÄISCHES PARLAMENT (Fn. 21), ErwGr. 5.

<sup>139</sup> Deutlich EUROPÄISCHES PARLAMENT (Fn. 21), ErwGr. 15 und Art. 1 Abs. 3 EP-Vorschlag; SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11) § 56 Rn. 18.

die Handlungsformen allein die von den Unionsbehörden einseitig getroffenen Einzelfallentscheidungen erfasst. Ungeachtet (oder vielleicht auch gerade wegen) dieses bescheideneren Ansatzes ist dem Vorschlag aufgrund der begrenzten Unionskompetenzen im Bereich der Verbundverwaltung eine höhere Realisierungschance zu attestieren. Art. 298 AEUV schließt ein sukzessives Vorgehen unter Priorisierung der Einzelfallentscheidung als bedeutsamster Form des Verwaltungshandelns auch nicht aus.<sup>140</sup> Vorbildcharakter könnte insoweit dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechtsgesetz der Niederlande, dem *Algemene wet bestuursrecht* (Awb), zukommen, das zwischen 1994 und 2009 ebenfalls in mehreren Tranchen eingeführt wurde.<sup>141</sup>

## 6. Mehrwert einer Kodifikation für die EU-Eigenverwaltung

Verfügt die EU damit über eine Kompetenz zur Annahme des Parlamentsentwurfs, bleibt zu klären, ob sich hieraus in der Sache ein Mehrwert ergibt.<sup>142</sup> Im Ausgangspunkt ist insoweit zu betonen, dass ein solcher Zusatznutzen nicht objektiv quantifizierbar ist,<sup>143</sup> sondern das Ergebnis einer Abwägung zahlreicher zu berücksichtigender Belange darstellt. Im Folgenden sind zunächst abstrakt die Kriterien zur Identifizierung des Mehrwerts einer Kodifikation zu skizzieren (6.1.), bevor konkret die Ko-

<sup>140</sup> Für eine graduelle und prozesshafte Verwirklichung sprechen sich aus bzw. ziehen diese zumindest in Betracht: EBERHARD, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 (48); SCHMIDT-ASSMANN, *Administrative Law and Process* 26 (2019), 89 (108); SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER, *JZ* 2015, 265 (271).

<sup>141</sup> Näher hierzu SCHUURMANS/BARKHUYSEN/DEN OUDEN, in: UHLMANN (Fn. 15), 193 ff. unter ausführlicher Analyse des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen der Kodifikation einerseits und sachbereichsspezifischer Gesetzgebung andererseits (197); eingehend HOLTERHUES, in: SCHNEIDER (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in Europa*, Bd. I, 2007, 371 (372 ff., 382); KOCH, *Verwaltungssanktionen im europäischen und niederländischen Verwaltungs- und Kartellrecht*, 2011, 153 ff.

<sup>142</sup> Zur Frage des Mehrwerts gegenüber dem Status quo sektorspezifischer Verfahrensregeln: GUCKELBERGER, *NVwZ* 2013, 601 (604 ff.); HUMMER, in: *FS für Streinz*, 2023, 147 (158 ff.); SCHNEIDER, in: DERS./RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 3 (4 f.); HAUTALA, ebenda, 44 (46); RENNERT, ebenda, 19 (20 f.); KRAFT, ebenda, 154 (154 f.); auf die mangelnde Regelbarkeit der Bestimmungen über die Amtshilfe (Buch V) und das gemeinsame Informationsmanagement (Buch VI) bei Annahme einer EU-Kompetenz nur für den Handlungsbeitrag der Unionsverwaltung hinweisend WEISS, ebenda, 266 (270).

<sup>143</sup> Vgl. SCHUURMANS/BARKHUYSEN/DEN OUDEN, in: UHLMANN (Fn. 15), 193 (209): „It is hard to say more exactly what the effect of a general codification is.“

difikationsfähigkeit (6.2.) und -bedürftigkeit (6.3.) des EU-Eigenverwaltungsrechts beleuchtet wird. Die Erkenntnisse werden abschließend in einem Fazit zusammengefasst (6.4.).

### *6.1. Prüfraster: Kodifikationsfähigkeit und -bedürftigkeit*

Als Prüfraster bietet sich eine zweistufige Analyse an:<sup>144</sup> In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die bisher verstreut geregelten Bestimmungen überhaupt zu einer verallgemeinerbaren Rechtsvorschrift zusammengeführt werden können (Kodifikationsfähigkeit). Dies kann bejaht werden, wenn sich Regelungen mit entsprechendem Inhalt in unterschiedlichen Rechtsquellen finden, wenn also in den einzelnen Fachgesetzen für vergleichbare Sachverhalte im Wesentlichen gleiche Lösungen vorgesehen sind.<sup>145</sup> Sollten die Referenzgebiete hingegen für gleichartige Konstellationen über differierende Regelungen verfügen oder aber normative Leerstellen aufweisen, muss in der Sache hinterfragt werden: Ist die unterschiedliche Behandlung tatsächlich gerechtfertigt und zur Vermeidung von Friktionen weiterhin aufrechtzuerhalten oder kann eine Angleichung im Kodifizierungsprozess erfolgen?<sup>146</sup> Das Ergebnis dieser Prüfung zeigt auf, in welchem Umfang eine Abstrahierung gleichartiger Rechtssätze möglich erscheint und mithin eine Kodifikationsfähigkeit ge-

<sup>144</sup> Zum Prüfraster der Kodifikationsfähigkeit und -bedürftigkeit vgl. BURGI, *NJW* 2006, 2439, 2442; DERS., in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 182 (185 ss.); GRÖNER (Fn. 22), 30; GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 92 f.; s. auch KAHL/HILBERT, *RW* 3 (2012), 453 (464); grundlegend KAHL, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 36), 101 f., der hier bezüglich der Kodifikationsfähigkeit noch von einer „Bestandsaufnahme“ spricht.

<sup>145</sup> Eine solche „quantitative“ Prüfung erfolgte bei HARTMANN (Fn. 35), der 34 Gründungsakte dezentraler Agenturen der EU bezüglich der Bereiche „Rechtsstatus und Organisationsstruktur“, „Verwaltungsrat“, „Exekutivdirektor“ und „Beschwerdeausschuss“ (DERS. [Fn. 35], 273 ff.) auf gleichlautende Regelungen untersuchte. Ebenso wurden 28 Verordnungen mit verfahrens- und materiellrechtlichen Regelungen des Eigenverwaltungsrechts zu privatgerichteten Beschlüssen in den Regelungsbereichen „Aufsichts- und Genehmigungsbeschluss“ sowie „Beschluss im Wege eines Beschwerdeverfahrens“ auf Parallelen durchforstet, wobei ersterer 85 verschiedene Verwaltungsverfahren beinhaltete, zweitgenannter dagegen nur zehn Mal vorlag (DERS. [Fn. 35], 367 ff.). Dabei wurden die ähnlichen Bestimmungen der verglichenen Sekundärrechtsakte abgezählt und zusammengetragen, um das Ausmaß der Übereinstimmung zu ermitteln. Eine inhaltliche Bewertung der Abstrahierbarkeit fand dagegen nicht statt, sodass die Methodik als rein „quantitatives“ und nicht als „qualitatives“ Vorgehen zu qualifizieren ist.

<sup>146</sup> Vgl. BURGI, *NJW* 2006, 2439, 2442. Ebenso KAHL, in: HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 36), 101 f.; GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 122 f.

geben ist. Bei alledem lassen der beständig wachsende Umfang des europäischen Sekundärrechts und die Komplexität der sektorspezifischen Regelungen den für eine aussagekräftige Bestandsaufnahme notwendigen Aufwand nur erahnen.

Auf einer zweiten Stufe ist sodann zu untersuchen, ob die dargelegten Funktionen der Kodifikation die hiermit möglicherweise verbundenen Gefahren überwiegen (Kodifikationsbedürftigkeit).<sup>147</sup> Zusätzlich zu den bereits oben unter „3.2.“ dargelegten Vor- und Nachteilen ist zu berücksichtigen, welche Belastungen<sup>148</sup> dem Unionsgesetzgeber durch eine Kodifikation entstünden und ob diese zum möglichen Nutzen – gerade auch unter Berücksichtigung der Quantität der potentiell kodifizierbaren Normen – in einem angemessenen Verhältnis stehen.

## 6.2. Kodifikationsfähigkeit des Eigenverwaltungsrechts

In Bezug auf die im ersten Schritt zu diskutierende Kodifikationsfähigkeit steht bereits im Streit, wie groß der Umfang der abstrahierbaren Rechtssätze und folglich auch der Nutzen einer Kodifikation des europäischen Verwaltungsverfahrensrechts wäre. Die ablehnende Haltung der allein initiativberechtigten EU-Kommission macht deutlich, dass die „Exekutive der Union“<sup>149</sup> selbst eine entsprechende Grundlage verneint. Dabei verweist die Kommission vor allem darauf, dass eine Kodifikation die hohe Spezialisierung der Eigenverwaltung nicht hinreichend reflektieren würde.<sup>150</sup> Formal kritikwürdig am Vorbringen der Kommission er-

<sup>147</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 142 sowie 144. KAHL/HILBERT, *RW* 3 (2012), 453 (464): „ob eine Kodifikation das politisch ‚richtige‘ Regelungsinstrument ist“.

<sup>148</sup> KAHL/HILBERT, *RW* 3 (2012), 453 (465) mit der Bezeichnung „legislatorische[r] Kraftakt“, dessen „sachliche Ausgestaltung (...) höchst anspruchsvoll“ sei und überdies politisch komplex.

<sup>149</sup> WEIDENFELD, *Die Europäische Union*, 7. Aufl. 2025, 140; ausführlich NIEDOBITEK, in: DERS. (Hrsg.), *Europarecht – Grundlagen der Union*, 2014, § 1 Rn. 252, wonach „die Kommission (...) als dasjenige Organ bezeichnet werden kann, das primär mit ‚Verwaltung‘ befasst ist“.

<sup>150</sup> Nachweis in Fn. 12. M. Šešćovič sprach als Vizepräsident der Kommission von drohenden Risiken wie „lack of flexibility or adaptability“, „oversimplification“ sowie „over-complexity resulting from an overlap with existing rules“, vgl. die entsprechende Stellungnahme in der Plenardebatte des Europäischen Parlaments v. 14.1.2013 (P7\_PV(2013)01-14(23)), abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-7-2013-01-14-ITM-023\\_DE.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-7-2013-01-14-ITM-023_DE.html); s. auch Working Group on EU Administrative Law, Working Document v. 19.10.2011, S. 27 (PE 519.224). Als weitere Motive der Kom-

scheint zwar, dass eine nähere Begründung für ihre ablehnende Haltung unterbleibt.<sup>151</sup> In der Sache selbst ist aber im juristischen Schrifttum von Ulrich Stelkens mit Recht darauf hingewiesen worden, dass die Verwaltungsverfahrensgesetze in den Mitgliedstaaten typischerweise auf einfache Verfahren der allgemeinen Verwaltungsbehörden „zur Bearbeitung ‚alltäglicher‘ Angelegenheiten ‚normaler‘ Leute zugeschnitten [sind]“.<sup>152</sup> Derartige Alltagsverfahren finden sich bei der EU-Eigenverwaltung nur in einzelnen Bereichen wie dem Beamtenrecht oder der Bewirtschaftung von Unionsmitteln. Die Durchführung obliegt hier zudem spezialisierten Personalverwaltungen und Exekutivagenturen.<sup>153</sup> Bei den „allermeisten Verfahren“ des direkten Vollzugs von Unionsrecht handelt es sich dagegen um komplexe Fachverfahren, die gerade nach Sonderregelungen verlangen.<sup>154</sup>

Nun ist zwar zuzugestehen, dass aus der weitgehenden Inexistenz einer solchen „*street level administration*“ noch nicht auf das Fehlen einer Kodifikationsfähigkeit (wie auch einer Kodifikationsbedürftigkeit, vgl. noch unter 6.3.) geschlossen werden kann. Eine Vereinfachung durch Vereinheitlichung erscheint vielmehr auch in Bereichen hochspezialisierter Verwaltung denkbar und aufgrund der sich ausbreitenden Bürokratisierung prinzipiell wünschenswert. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der disparaten Rechtsquellen, aus denen das Europäische Verwaltungsverfahrenrecht hervorgeht (vgl. oben 3.3.). Zunächst setzen sich die Verfahrensgrundsätze des EU-Eigenverwaltungsrechts aus

mission diskutiert STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 141 (164) die zusätzliche Belastung der EU-Kommission durch den arbeitsintensiven Kodifikationsprozesse sowie die mögliche Verengung des eigenen Handlungsspielraums der Kommission durch einen verbesserten Rechtsschutz aufgrund kodifizierter Verfahrensregeln (166 f.). Weiter führt STELKENS, ebenda, 164 s. das strategisch unkluge Vorgehen des Europaparlaments, an, welches sich „einer regelrechten Kommissions-Bashing-Rhetorik“ bedient habe. Diese These bestätigen die im European Parliament, Law of Administrative Procedure of the European Union. European Added Value Assessment, October 2012, PE 494, 457, abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/juri/dv/eav\\_lawofadminprocedure\\_/EAV\\_LawofAdminprocedure\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/eav_lawofadminprocedure_/EAV_LawofAdminprocedure_EN.pdf) angeführten Negativbeispiele [vgl. insbesondere auf den S. 8 f., 9 f., 13, 14 f., 18 f.], die die EU-Kommission regelrecht vorzuführen scheinen.

<sup>151</sup> Dezidiert kritisch etwa HUMMER, in: *FS für Streinz*, 2023, 147 (148, 157 f.).

<sup>152</sup> STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), S. 141 (168); im Ansatz auch MÖLLS, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 48 (49), der betont, dass die Union „keine allgemeine, mit vielen Basisaufgaben befasste Verwaltung auf[weist] wie ein Mitgliedstaat“.

<sup>153</sup> STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 141 (168).

<sup>154</sup> STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 141 (168).

den Verfahrensregelungen in EUV und AEUV<sup>155</sup> sowie den Garantien des Rechts auf gute Verwaltung in Art. 41 GRCh zusammen. Eine Uniformierung der primärrechtlichen Gewährleistungen durch Änderung der Verträge wird aber politisch nicht angestrebt. Die Kodifizierungsdebatte konzentriert sich vielmehr auf das Sekundärrecht. Dieses normiert zahlreiche fachbezogene Verfahrensvorschriften in sektorspezifischen Bereichskodifikationen,<sup>156</sup> aber auch sachbereichsübergreifende Teilkodifikationen.<sup>157</sup> Hinzu treten die vom EuGH entwickelten ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsätze als richterrechtliche Komponente und schließlich die zum Binnenrecht zählenden Kodizes.<sup>158</sup> Prima facie ist die Kodifikationsfähigkeit somit grundsätzlich zu bejahen.<sup>159</sup>

Allerdings deutet schon der Blick auf die disparaten, den Besonderheiten der jeweiligen Sachmaterie Rechnung tragenden Verfahrensregeln in Kartellverordnung, Fusionskontrollverordnung und Beihilfeverfahrensverordnung (selbst im Binnenvergleich des Wettbewerbsrechts) auf eine beschränkte Abstrahierbarkeit hin.<sup>160</sup> Beispielhaft kann die stark divergierende Ausgestaltung der Kontrollverfahren in den erwähnten Verordnungen angeführt werden: Teils sehen diese eine präventive ex-ante-Prüfung im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens vor,<sup>161</sup> teils eine repressive ex-post-Kontrolle ohne Erlaubnisvorbehalt.<sup>162</sup> Die jeweilige Fristbindung der EU-Kommission variiert erheblich<sup>163</sup> und auch bezüg-

<sup>155</sup> Vgl. die Nachweise bei GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 66 f. sowie 131 ff.

<sup>156</sup> Belege in Fn. 55 bis 58.

<sup>157</sup> Nachweise in Fn. 60 bis 62.

<sup>158</sup> Vgl. hierzu den Überblick bei BERGER, in: UHLMANN (Fn. 15), 353 (354) m. w. N.

<sup>159</sup> GRÖNER (Fn. 22): „wenig transparentes und hochkomplexes Geflecht“. Vgl. auch CRAIG et al., in: SCHNEIDER/HOFMANN/ZILLER (Fn. 20), Einf., Rn. 20; KAHL *JuS* 2018, 1025 (1030); GUCKELBERGER, *NVwZ* 2013, 601 (603).

<sup>160</sup> Näher auch zu den folgenden Beispielen MÖLLS, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 48 (50 ff.), unter weitergehender Einbeziehung der Regelungen über Antidumping- und Antisubventionsverfahren; ähnlich GUCKELBERGER/GEGER (Fn. 22), 136, wonach es „sehr schwer fallen“ werde, die Sachbereiche zu identifizieren, die „anderen verwaltungsrechtlichen Anforderungen unterliegen“.

<sup>161</sup> Siehe beispielhaft aus der Fusionskontroll-VO (EG) 139/2004 die Art. 4 Abs. 1 (Anmeldepflicht) und Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 sowie Art. 8 Abs. 1 bis 3 (Genehmigungserfordernis).

<sup>162</sup> So statuiert Art. 1 der Kartellverfahrens-VO (EG) 1/2003 verbotene kartellrechtliche Verhaltensweisen, die von der EU-Kommission durch repressive Maßnahmen nach Art. 7 ff. sanktioniert werden können.

<sup>163</sup> Vgl. die im Grundsatz strikten Fristen des Art. 10 der Fusionskontroll-VO (EG) 139/2004 einerseits und die mit Ausnahme der Verfolgungsverjährung (Art. 25 der Kar-

lich der Verfahrensbeteiligten<sup>164</sup> und den Beschwerde- sowie Akteneinsichtsrechten<sup>165</sup> bestehen signifikante Unterschiede. Den drei genannten Verfahren liegen mithin voneinander abweichende Spezifika zu Grunde, die sich in der Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrensrechts niederschlagen.

Der Fortbestand umfangreicher sektorspezifischer Regeln bliebe somit zur Vermeidung einer Realisierung der Nivellierungsgefahr unerlässlich.<sup>166</sup> Folglich wären mehrere Rechtsakte – mindestens ein Allgemeiner sowie ein Besonderer Teil – parallel anzuwenden, was nicht nur den Zusatznutzen der Kodifikation schmälern, sondern darüber hinaus schwierige Abgrenzungsfragen aufwerfen dürfte.<sup>167</sup>

Erst in Ansätzen erfüllt erscheint insoweit das Petikum des deutschen Richters am EuGH, Thomas von Danwitz, zunächst einmal die sektorspezifischen Verwaltungsverfahren des EU-Eigenverwaltungsrecht durchzumustern, inwiefern die darin enthaltenen Bestimmungen zugunsten einer Verweisung auf eine Generalkodifikation aufgehoben werden könnten.<sup>168</sup> Im Rahmen des ReNEUAL-Projekts erfolgte eine entsprechende vertiefte Überprüfung – soweit ersichtlich – nicht. Im Nachgang hat Lucas Hartmann dann zwar eine Bestandsaufnahme von immerhin 62 Sekundärrechtsakten unternommen, um gleichlautende Vorschriften

tellverfahrens-VO (EG) 1/2003) fehlende Fristbindung in der Kartellverfahrens-VO andererseits.

<sup>164</sup> Während bei der Fusionskontrolle (vgl. beispielsweise Art. 9, Art. 19, Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 5 der Fusionskontroll-VO (EG) 139/2004) und beim Kartellverfahren (so u.a. Art. 3 Abs. 1, Art. 5, Art. 7 und Art. 11 der Kartellverfahrens-VO (EG) 1/2003) Unternehmen und nationale Behörden beteiligt sind, werden im Beihilfeverfahren typischerweise die Mitgliedstaaten im unionsrechtlichen Verwaltungsverfahren adressiert (vgl. unter anderem Art. 2 Abs. 1 und 2, Art. 4 Abs. 5 S. 4 und Abs. 6 S. 2 der Beihilfeverfahrens-VO (EU) 2015/1589; Auskunftersuchen an andere Auskunftsgeber sind nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 7 der Beihilfeverfahrens-VO zulässig).

<sup>165</sup> Ausführlich MÖLLS, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 48 (50 f.) m. w. N. unter Bezugnahme auf die Beschwerdeberechtigung, die Akteneinsicht und den Zugang zu Dokumenten.

<sup>166</sup> Dies anerkennend auch SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 39, mit Verweis auf die „üblichen Subsidiaritätsklauseln“; die Nivellierung sektoraler Besonderheiten befürchtend EUROPÄISCHE KOMMISSION, Antwort v. 8.6.2016 (Fn. 12), 304 f.

<sup>167</sup> Anders SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 40, der die Problematik zwar grundsätzlich anerkennt, aber aufgrund der Erfahrung mit vergleichbaren nationalen Normsystemen für beherrschbar hält.

<sup>168</sup> So VON DANWITZ, in: SCHNEIDER/RENNERT/MARSCH (Fn. 7), 247 (251).

des europäischen Verwaltungsrechts herauszuarbeiten.<sup>169</sup> Aufgrund des zugrunde gelegten rein quantitativen Ansatzes ist die Aussagekraft der Analyse aber begrenzt.<sup>170</sup> Im Übrigen fehlen nähere Ausführungen dazu, in welchem Umfang aufgrund der Etablierung einer Kodifikation sektor-spezifische Regelungen gestrichen werden könnten.

### 6.3. Kodifikationsbedürftigkeit: Die Frage nach dem Mehrwert

Betrachtet man in einem zweiten Schritt die mit der Kodifikationsfähigkeit durch fließende Übergänge verbundene Kodifikationsbedürftigkeit, so erscheint bei einer Gesamtwürdigung jedenfalls bemerkenswert, dass die völlig unterschiedlich gelagerte Situation der spezialisierten EU-Eigenverwaltung einerseits und der auf nationaler Ebene dominierenden „street level administration“<sup>171</sup> andererseits weder vom Parlament noch von den Protagonisten des ReNEUAL-Projekts substantiell adressiert wird. In der apodiktischen Verneinung des Mehrwerts einer Kodifikation durch die Kommission liegt im Übrigen auch ein fundamentaler Unterschied zur Etablierung des AVG in Österreich vor 100 Jahren. Dort hatten zumindest weite Teile der Verwaltung gerade nachdrücklich für eine Lösung des drängenden Problems einer einheitlichen Regelung der Verfahren vor den Verwaltungsbehörden plädiert.<sup>172</sup>

<sup>169</sup> Vgl. bereits Fn. 117, sowie die Ausführungen in Fn. 145 zur Methodik *Hartmanns* im Sinne eines quantitativen Ansatzes.

<sup>170</sup> Aus der Arbeit lassen sich primär Ansätze für eine gemeinsame Rechtsgrundlage der europäischen Agenturen ableiten, wobei die Anzahl an Verordnungen mit vergleichbaren Vorschriften „häufig (...) jedenfalls zweistellig“ war, so HARTMANN (Fn. 35), 449. Hierbei handelt es sich indes um eine Frage des Verwaltungsorganisationsrechts und nicht des vorliegend im Fokus stehenden Verwaltungsverfahrenrechts. In Bezug auf letzteres scheint der Umfang der abstrahierbaren Gemeinsamkeiten (bei ohnehin nur quantitativer Betrachtung) tendenziell geringer Natur zu sein. Im Bereich der privatgerichteten Beschlüsse war das Vereinheitlichungspotential „in geringerem Umfang als im Organisationsrecht“ feststellbar, siehe HARTMANN (Fn. 35), 449. Dies bestätigt die regelmäßig nur einstellige Zahl an Verordnungen mit hinreichenden Gemeinsamkeiten, vgl. u.a. HARTMANN (Fn. 35), 377, 379, 383 f., 387 f., 391 f., 403. Eine nähere Prüfung, inwieweit die festgestellten Gemeinsamkeiten auf das übrige Sekundärrecht systematisch stimmig anwendbar sind, findet in der Arbeit nicht statt. Vgl. auch SCHNEIDER, in: KAHL/LUDWIGS (Fn. 11), § 56 Rn. 22, der die wertvolle Arbeit *Hartmanns* mit Recht als „solide Ausgangsbasis“ charakterisiert, aufgrund des rein quantitativen Vorgehens aber ebenso zutreffend von „nicht unerheblichen Limitierungen“ spricht.

<sup>171</sup> Begriff im Kontext von STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 141 (168).

<sup>172</sup> Anschaulich und weiterführend hierzu ADAMOVICH (Fn. 10), 203 f.

Für die EU ist dagegen nüchtern zu konstatieren, dass als Instrumente zur Vereinheitlichung der Unionsgewalt – bis auf Weiteres – die existierenden Bereichskodifikationen, ergänzt durch allgemeine Grundsätze, den „*state of the art*“ abbilden dürften. In dieses Bild passt auch die jüngste Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. November 2023 mit Empfehlungen an die Kommission für Digitalisierung und Verwaltungsrecht. Die darin erneut erhobene Forderung nach einer Verordnung über das Verwaltungsverfahren der EU ist bislang allerdings wirkungslos verhallt.<sup>173</sup> Im Übrigen macht die angestrebte umfangreiche Ergänzung des Verordnungsentwurfs aus dem Jahr 2016 um den Aspekt der Digitalisierung<sup>174</sup> den vom Europaparlament bereits nach sieben Jahren erkannten substanziellen Aktualisierungs- und Ergänzungsbedarf deutlich. Hieraus erhellt zugleich, dass die Gefahr der Überholung einer Kodifikation nicht unterschätzt werden darf.

#### 6.4. Fazit

Resümierend ist zu konstatieren, dass eine umfassende Regelung des europäischen Verwaltungsverfahrens bereits an der fehlenden Kompetenzausstattung der Union für den indirekten Vollzug des Unionsrechts (der auch ein Element der Verbundverwaltung bildet) scheitert. Demgegenüber liegt für das Eigenverwaltungsrecht zwar eine entsprechende Einzelermächtigung in Art. 298 Abs. 2 AEUV vor. Aufgrund der Charakteristika der aktuell existierenden Vielzahl an sektorspezifischen Regelungen erscheint aber bereits fraglich, ob die Möglichkeit der Vereinheitlichung für eine kritische Masse an verfahrensrechtlichen Bestimmungen bejaht werden kann. Ein Nachweis hierfür steht jedenfalls noch aus. Derzeit dürfte zudem ein Kodifikationsbedarf allenfalls für

<sup>173</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments v. 22.11.2023 mit Empfehlungen an die Kommission für Digitalisierung und Verwaltungsrecht, P9\_TA(2023)0426 (abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0426\\_DE.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0426_DE.html)), Ziff. 1, wo die Kommission unter Rekurs auf den Verordnungsentwurf vom 9.6.2016 aufgefordert wird, „dringend einen Legislativvorschlag für eine Verordnung über eine offene, effiziente und unabhängige Verwaltung der Europäischen Union vorzulegen“.

<sup>174</sup> In Ziff. 2 des Entschließungsantrags (Fn. 173) wurden Prinzipien zur Digitalisierung des EU-Verwaltungsverfahrens („[g]eneral aspects“, „[a]ccessible, inclusive digital public services“ sowie „[s]ecurity, accountability and data protection“) adressiert sowie in Ziff. 3 die Entwicklung und der Einsatz digitaler Lösungen in der EU-Verwaltung aufgezeigt.

allgemeine Verfahrensgrundsätze bestehen<sup>175</sup> – was den Mehrwert einer entsprechenden Angleichung gerade in Anbetracht des bereits bestehenden Art. 41 GRCh deutlich schmälern, wenn nicht gar aufheben würde. Schließlich gilt es zu berücksichtigen, dass die EU gerade keine „*street level administration*“<sup>176</sup> betreibt, sondern an deren Verwaltungsverfahren vornehmlich hochspezialisiertes – und folglich mit der entsprechenden Materie gut vertrautes – Fachpersonal beteiligt ist. Dementsprechend scheint der Mehrwert einer Vereinfachung durch Vereinheitlichung umso geringer ausgeprägt.

Die Bedeutung eines grenzüberschreitenden wissenschaftlichen Diskurses über die Fortentwicklung des europäischen Verwaltungsrechts, wie ihn das ReNEUAL-Projekt und die hieran anknüpfende Diskussion im Schrifttum geradezu idealtypisch entfaltet haben<sup>177</sup> und wie er auch auf der diesjährigen SIPE-Tagung in Brünn gepflegt wurde, mindert all dies freilich nicht.

<sup>175</sup> Ähnlich fiel allerdings auch die Analyse vor der Kodifizierung des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts aus, vgl. die Nachweise in Fn. 134.

<sup>176</sup> Siehe hierzu bereits Fn. 171 (Hervorhebung v. Verf.).

<sup>177</sup> Dies anerkennend auch STELKENS, in: KAHL/MAGER (Fn. 19), 141 (153), wonach der ReNEUAL-ME „jedenfalls die tatsächliche Kodifizierbarkeit eines Verwaltungsverfahrenrechts für die EU-Eigenverwaltung [beweist] und (...) die Themen [benennt], die in einer solchen Kodifikation sinnvollerweise anzusprechen wären“.



DER EINZELNE UND DAS GANZE IM VERWALTUNGSVERFAHREN

THE INDIVIDUAL AND THE WHOLE IN ADMINISTRATIVE  
PROCEEDINGS

L'INDIVIDU ET LE TOUT DANS LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE



# DAS RECHT AUF GUTE VERWALTUNG: DIE „KRÖNUNG“ DER SUBJEKTIVEN VERFAHRENSRECHTE?

*Petra Škvařilová-Pelzl\**

## 1. *Einleitung*

Mit der Einführung des Grundrechts auf „gute Verwaltung“ durch Art. 41 der europäischen Grundrechtecharta (GRCh) trat der Unionsgesetzgeber bewusst dem der EU häufig entgegengebrachten Vorurteil eines überbürokratischen Systems entgegen. Dabei wirkt die Kodifizierung der zahlreichen in der Norm enthaltenen Verfahrensrechte zunächst vielversprechend und lässt eine starke Rechtsposition des Bürgers gegen das Handeln der Verwaltung vermuten. Welche Neuerungen das Recht auf eine gute Verwaltung tatsächlich mit sich bringt und ob es sich aus Sicht des Bürgers dabei sogar um die „Krönung“ seiner subjektiven Verfahrensrechte handelt, wird in dem folgenden Beitrag erörtert.

## 2. *Entwicklungsgeschichte und Inhalt des Rechts auf gute Verwaltung als allgemeiner Rechtsgrundsatz*

Eine einheitliche Definition guter Verwaltung existiert nicht, da sich der Grundsatz in der heutigen Rechtspraxis aus vielen einzelnen Teilrechten zusammensetzt. Der europäische Bürgerbeauftragte definierte im Rahmen des Entwicklungsprozesses des Art. 41 eine gute Verwaltung so, dass der Bürger ein Recht darauf hat, dass seine Angelegenheiten von einer offenen, rechenschaftspflichtigen und dienstleistungsorientierten öffentlichen Verwaltung ordnungsgemäß, fair und zügig behandelt werden.<sup>1</sup>

Bereits bevor die Grundrechtecharta im Jahr 2009 durch den Vertrag von Lissabon rechtliche Verbindlichkeit erlangte und auf die Ebene des

\* Dr. iur. Mgr. Petra ŠKVAŘILOVÁ-PELZL, Kammerpräsidentin am Gericht der Europäischen Union. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verf. wieder. Herrn Ref. iur. *Tim Pischon*, Master en droit, sei dabei für seine wertvolle Hilfe gedankt.

<sup>1</sup> Draft Charter of fundamental rights of the European Union, CHARTE 4131/00, CONTRIB 26.

Primärrechts gehoben wurde,<sup>2</sup> gehörte ein Recht auf gute Verwaltung zum *acquis communautaire* der Europäischen Union.<sup>3</sup> Dieser ergab sich zum einen aus den Bestimmungen in den Gründungsverträgen, die zum Teil bereits Elemente der heute in der GRCh kodifizierten Rechte enthielten. Zu nennen ist etwa die aus Art. 253 EG-Vertrag hervorgehende Begründungspflicht, die heute in Art. 296 AEUV enthalten ist. Zum anderen trug ganz maßgeblich zur Erreichung des europäischen Besitzstandes hinsichtlich eines Rechts auf gute Verwaltung die Rechtsprechung der Unionsgerichte bei, die eine gute Verwaltung als allgemeinen Rechtsgrundsatz festschrieb.<sup>4</sup>

Der Beginn der Entwicklung dieses Rechtsgrundsatzes reicht dabei in die Zeit zurück, in der der EuGH den Bestand von Unionsgrundrechten noch nicht ausdrücklich anerkannte.<sup>5</sup> Die Rechtsprechung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Vertrauensschutz als Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit markieren wichtige Wegpunkte in dieser Entwicklung.<sup>6</sup> In der Folge verstärkte die Rechtsprechung diese Verfahrensrechte und erkannte so etwa den Grundsatz an, dass die Behörden Fehler wiedergutzumachen haben.<sup>7</sup> Darüber hinaus anerkannt wurden der Grundsatz einer unparteiischen und objektiven Verfahrensführung,<sup>8</sup> das Erfordernis einer Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist,<sup>9</sup> behördliche Fürsorgepflichten,<sup>10</sup> ein Anhörungs-<sup>11</sup> und Entscheidungs-

<sup>2</sup> Andreas HARATSCH / Christian KOENIG / Matthias PECHSTEIN, *Europarecht*, 13. Aufl., Tübingen, 2023, Rn. 632.

<sup>3</sup> Helmut GOERLICH, Good Governance und gute Verwaltung, in: *Die Öffentliche Verwaltung* (DÖV) 2006, 313 (317).

<sup>4</sup> Charta-Erläuterungen, ABl 2007, C-303/28 unter Hinweis auf Urt. v. 31.3.1992, Burban, C-255/90 P, ECLI:EU:C:1992:153 und Urt. v. 18.9.1995, Nölle, T-167/94, ECLI:EU:T:1995:169; Urt. v. 9.7.1999, New Europe Consulting, T-231/97, ECLI:EU:T:1999:146, Rn. 38 ff.

<sup>5</sup> Diana-Urania GALETTA / Bernd GRZESZICK, Art. 41 GRCh, in: STERN / SACHS (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta: GRCh*, 1. Aufl. 2016, Rn. 9.

<sup>6</sup> Vgl. Urt. v. 29.11.1956, Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde, C-8/55, ECLI:EU:C:1956:11, 311; Urt. v. 12.7.1957, Algera, C-7/56, ECLI:EU:C:1957:7, 117 ff.

<sup>7</sup> Urt. v. 12.5.1971, Reinarz/Kommission, C-55/70, ECLI:EU:C:1971:50, Rn. 18, 19/21.

<sup>8</sup> Urt. v. 6.7.2000, Volkswagen/Kommission, T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180, Rn. 274.

<sup>9</sup> Urt. v. 20.3.1984, Deutschland/Kommission, C-84/82, ECLI:EU:C:84:117, Rn. 11.

<sup>10</sup> Urt. v. 23.10.1986, Schwiering/Rechnungshof, C-321/85, ECLI:EU:C:1986:408, Rn. 18.

<sup>11</sup> Urt. v. 28.5.1980, Kuhner/Kommission, C-33/79, C-75/79, ECLI:EU:C:1980:139, Rn. 25.

begründungserfordernis<sup>12</sup> sowie das Verbot eines unangemessenen Verwaltungsaufwandes.<sup>13</sup>

Angesichts des bereits zuvor bestehenden umfassenden Entwicklungsstandes des Unionsrechts wurden durch die Kodifikation des Art. 41 GRCh zwar keine wesentlichen Rechtspositionen neu geschaffen. Jedoch diene die Kodifikation maßgeblich der Sichtbarmachung und Verankerung der Bedeutung der bestehenden Rechtsgrundsätze.<sup>14</sup>

Die rechtliche Verbindlichkeit und Erhebung auf die Ebene des Primärrechts der Grundrechtecharta im Allgemeinen und des Art. 41 im Besonderen führte zu einem deutlichen Anstieg von deren bzw. dessen Geltendmachung vor den Unionsgerichten. Dies hing auch mit dem Urteil Åkerberg Fransson zusammen, wonach die Unionsgrundrechte „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ zum Tragen kommen sollen.<sup>15</sup> So hatte die Kodifizierung des Rechts auf gute Verwaltung schließlich erhebliche Auswirkungen auf die Rechtspraxis.

Darüber hinaus dienen die im Laufe der Jahrzehnte entwickelten Rechtsgrundsätze auch heute noch dazu, einen Mindeststandard zu markieren, hinter den das Schutzniveau des Art. 41 GRCh nicht zurückfallen darf.<sup>16</sup>

### 3. Das Recht auf eine gute Verwaltung gemäß Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh

#### 3.1. Schutzbereich der Vorschrift

##### 3.1.1. Grundrechtsberechtigte – Schaffung einer Rechtsposition für die Mitgliedstaaten selbst?

Neben der unbestrittenen Anwendbarkeit des Art. 41 Abs. 1 und 2

<sup>12</sup> Urt. v. 21.11.1991, Hauptzollamt/TU-München, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438, Rn. 14.

<sup>13</sup> Urt. v. 6.12.2001, Hautala/Rat, C-353/99 P, ECLI:EU:C:2001:661, Rn. 86; vgl. insgesamt zur Entwicklung des Grundsatzes guter Verwaltung auch Martina LAIS, Das Recht auf eine gute Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: *Zeitschrift für europarechtliche Studien* (ZEuS) 2002, 447 (454).

<sup>14</sup> Matthias KLATT, Art. 41 GRCh, in: VON DER GROEBEN / SCHWARZE / HATJE (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Rn. 2.

<sup>15</sup> Urt. v. 26.2.2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 19.

<sup>16</sup> Jörg Philipp TERHECHTE, Art. 41 GRCh, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, 2. Aufl. 2023, Rn. 10.

GRCh auf natürliche und juristische Personen<sup>17</sup> stellt sich die Frage, ob sich auch die Mitgliedstaaten selbst auf das Grundrecht berufen können.

Zwar ließe sich darüber streiten, ob eine grundrechtsfreundliche weite Auslegung des Wortlauts „Person“ die Einbeziehung von Mitgliedstaaten ermöglichen könnte.<sup>18</sup> Auf eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs kommt es dem EuGH jedoch nicht an:

„Ohne dass es einer Äußerung zu der Frage bedarf, ob ein Mitgliedstaat als Person im Sinne dieser Bestimmung oder als einer Person vergleichbar anzusehen ist und dieses Recht [des Unparteilichkeitsgrundsatzes gem. Art. 41 Abs. 1 Var. 1 GRCh] deshalb für sich beanspruchen könnte, ist festzustellen, dass dieses Recht einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts widerspiegelt [...], der als solcher von den Mitgliedstaaten geltend gemacht werden kann und anhand dessen somit die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Beschlusses zu prüfen ist.“<sup>19</sup>

An diesem Beispiel zeigt sich in anschaulicher Weise die fortbestehende Bedeutung der vor Kodifizierung des Art. 41 GRCh entwickelten Rechtsgrundsätze. So wird die Gefahr einer Überdehnung des Wortlauts des Art. 41 GRCh geschickt vermieden, indem die Mitgliedstaaten auf die allgemeinen, dem Art. 41 GRCh zugrundeliegenden Rechtsgrundsätze verwiesen werden.

### 3.1.2. Grundrechtsverpflichtete – Verpflichtung der Mitgliedstaaten?

Spiegelbildlich zu der oben erwähnten Diskussion, ob die Mitgliedstaaten sich auf Art. 41 GRCh berufen können, stellt sich die in der Literatur äußerst umstrittene Frage, ob die Mitgliedstaaten selbst auch durch Art. 41 GRCh verpflichtet werden. Teilweise wird dies zumindest im Rahmen der Durchführung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten befürwortet.<sup>20</sup> Der EuGH lehnt jedoch angesichts des klaren Wortlauts des Art. 41 GRCh („Organe und Einrichtungen *der Union*“) eine An-

<sup>17</sup> Ibid., Rn. 10.

<sup>18</sup> Dies ablehnend Diana-Urania GALETTA, Inhalt und Bedeutung des europäischen Rechts auf eine gute Verwaltung, in: *Europarecht* 2007, 57 (78).

<sup>19</sup> Urt. v. 20.12.2017, Spanien/Rat, C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982, Rn. 89.

<sup>20</sup> Zumindest im Rahmen der Durchführung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten dafür Diana-Urania GALETTA, Inhalt und Bedeutung des europäischen Rechts auf eine gute Verwaltung, in: *Europarecht* 2007, 57 (79 f.).

wendung auf die Mitgliedstaaten ab.<sup>21</sup> Ob das Recht auf gute Verwaltung hingegen als allgemeiner Rechtsgrundsatz auf mitgliedstaatliches Handeln Anwendung findet, ist eine davon getrennt zu betrachtende Problematik.<sup>22</sup>

### 3.1.3. Sachlicher Anwendungsbereich

#### 3.1.3.1. Systematik des Art. 41 GRCh

Systematisch ist Art. 41 GRCh in ein Recht auf gute Verwaltung im weiteren Sinne, welches neben den Gewährleistungen der Absätze 1 und 2 auch das Schadensersatzrecht nach Abs. 3 und die Sprachenregelung nach Abs. 4 umfasst, und das Recht auf gute Verwaltung im engeren Sinne, welches die in Abs. 1 und 2 aufgeführten Rechte umfasst, zu unterteilen.<sup>23</sup> Dieser Beitrag beschränkt sich auf die in Abs. 1 und 2 enthaltenen Rechte. Darüber hinaus kann das Recht auf gute Verwaltung im engeren Sinne weiter unterteilt werden in die Verteidigungsrechte des Abs. 2 und die sonstigen Verfahrensrechte des Abs. 1.<sup>24</sup>

#### 3.1.3.2. Terminologie in der Rechtsprechung der Unionsgerichte

In der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zu Art. 41 GRCh fällt auf, dass in den Klagegründen der Begriff der „guten Verwaltung“ häufig nicht auftaucht. Besonders deutlich wird das etwa im Falle des Begründungserfordernisses gem. Art. 41 Abs. 2 lit. c) GRCh. Hier wird idR anstelle des Art. 41 GRCh auf das speziellere Begründungserfordernis aus Art. 296 Abs. 2 AEUV Bezug genommen.<sup>25</sup> Auch die Rechtsprechung zu anderen Teilrechten des Art. 41 GRCh zitiert häufig nur deren spezielle Ausprägungen und der Begriff des „Rechts auf gute Verwaltung“

<sup>21</sup> Urt. v. 21.12.2011, Cicala/Regione Siciliana, C-482/10, ECLI:EU:C:2011:868, Rn. 28; Urt. v. 26.3.2020, Hungeod u. a., C-496/18 und C-497/18, ECLI:EU:C:2020:240, Rn. 63.

<sup>22</sup> Vgl. Beschl. v. 26.3.2020, Luxaviation, C-113/19, ECLI:EU:C:2020:228 Rn. 47.

<sup>23</sup> Hans D. JARASS, Art. 41 GRCh, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2021, Rn. 2.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Rn. 2 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Urt. v. 19.5.2021, Ryanair/Kommission, T-643/20, ECLI:EU:T:2021:286, Rn. 19; Urt. v. 10.12.2025, Bategu Gummitechnologie/Kommission, T-219/23, ECLI:EU:T:2025:1095, Rn. 127.

wird allenfalls in der späteren rechtlichen Würdigung durch das Gericht erwähnt, wenn dargelegt wird, dass der jeweilige Rechtsgrundsatz aus Art. 41 GRCh ableitbar ist.<sup>26</sup> Teilweise wird jedoch auch direkt auf Art. 41 GRCh Bezug genommen.<sup>27</sup> Darüber hinaus kann es vorkommen, dass sich die Klage nicht direkt auf Art. 41 GRCh beruft, sondern auf ein damit eng verwandtes von der Rechtsprechung entwickeltes Prinzip, wie beispielsweise das Prinzip ordnungsgemäßer Verwaltung.<sup>28</sup>

Dass nicht immer unmittelbar auf das Recht auf gute Verwaltung rekurriert wird, kann also einerseits darin begründet sein, dass die einzelnen Teilrechte des Art. 41 GRCh einen weitgehend eigenständigen Erklärungsgehalt aufweisen oder aber – wie etwa im Fall des Art. 296 AEUV – eine speziellere Ausprägung des Rechts in den Verträgen existiert. Diese Selbstständigkeit der einzelnen Teilrechte folgt nicht zuletzt aus dem Charakter des Art. 41 GRCh als Sammelgrundrecht.<sup>29</sup> In anderen Fällen mag die Begründung darin liegen, dass die Terminologie der von der Rechtsprechung entwickelten Prinzipien, die bereits vor Kodifizierung des Art. 41 GRCh existierten, sich teilweise noch heute in den Urteilen widerspiegelt. Denn auch in der Rechtsprechung vor Kodifizierung des Art. 41 GRCh lässt sich erkennen, dass einzelne der entwickelten Prinzipien ohne den Überbegriff „gute Verwaltung“ Eingang in die Urteile der Unionsgerichte fanden.<sup>30</sup>

### 3.1.3.3. Einzelne Gewährleistungen

In sachlicher Hinsicht bietet Art. 41 GRCh zunächst in Abs. 1 und 2 Verfahrensgarantien, die ausschließlich auf Verwaltungsverfahren der Union anwendbar sind.<sup>31</sup> Ausgeschlossen vom sachlichen Anwen-

<sup>26</sup> Vgl. Urt. v. 3.12.2019, Pethke/EUIPO, T-808/17, ECLI:EU:T:2019:832, Rn. 36, 44; Urt. v. 25.6.2020, SATCEN/Rat, C-14/19 P, ECLI:EU:C:2020:492, Rn. 39, 115.

<sup>27</sup> Vgl. Urt. v. 25.6.2020, HF/Parlament, C-570/18 P, ECLI:EU:C:2020:490, Rn. 16; Urt. v. 29.5.2024, Maria Canel Ferreira/Rat, T-766/22, ECLI:EU:T:2024:336, Rn. 36.

<sup>28</sup> Vgl. Urt. v. 16.6.2011, Ziegler/Kommission, T-199/08, ECLI:EU:T:2011:285, Rn. 98; Urt. v. 12.11.2013, Wünsche/Kommission, T-147/12, ECLI:EU:T:2013:587, Rn. 106; Urt. v. 23.10.2025, Bulgarien/Kommission, C-294/23 P, ECLI:EU:C:2025:823, Rn. 36.

<sup>29</sup> Sebastian HESELHAUS, in: HESELHAUS / NOWAK, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Aufl. 2020, § 61 Rn. 22.

<sup>30</sup> LAIS, Das Recht auf eine gute Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: *ZEuS* 2002, 447 (454).

<sup>31</sup> Urt. v. 5.11.2014, Mukarubega, C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336, Rn. 44.

dungsbereich sind damit Akte der Rechtsprechung und der Gesetzgebung.<sup>32</sup>

An erster Stelle der verfahrensrechtlichen Gewährleistungen des Abs. 1 steht das Unparteilichkeitsgebot. Dieses umfasst in subjektiver Sicht das Verbot, dass ein Mitglied des befassen Organs voreingenommen oder mit persönlichen Vorurteilen behaftet sein darf. In objektiver Sicht verpflichtet es die handelnden Stellen dazu, hinreichende Garantien zu bieten, um jeden berechtigten Zweifel im Hinblick auf etwaige Vorurteile auszuschließen.<sup>33</sup> Die Rechtsprechung entwickelte aus den Vorgaben zu einer unparteiischen Untersuchung außerdem die Pflicht zu einer sorgfältigen Sachverhaltsermittlung.<sup>34</sup>

Schwer einzugrenzen ist das Recht auf gerechte Sachbehandlung gem. Art. 41 Abs. 1 Var. 2 GRCh. In der Literatur wird teilweise eine Begrenzung in dem Sinne gefordert, dass nur formelle, prozedurale Aspekte des Verwaltungsverfahrens umfasst sein sollen.<sup>35</sup> Diese Einschränkung entspringt dem Gedanken, dass ein Recht auf „gerechte“ Behandlung andernfalls zum „Supergrundrecht“ mutieren könnte.<sup>36</sup> Insgesamt ist das Recht auf gerechte Behandlung von der Rechtsprechung nicht weit entwickelt worden, sodass sein genauer Gewährleistungsgehalt schwer definierbar bleibt.<sup>37</sup>

Das Recht auf ein zügiges Verwaltungsverfahren gem. Art. 41 Abs. 1 Var. 3 GRCh unterscheidet sich in seinem konkreten Gewährleistungsgehalt von Fall zu Fall. So muss die Angemessenheit der Verfahrensdauer an Kriterien wie der Komplexität der Angelegenheit und des Verhaltens der Beteiligten bemessen werden.<sup>38</sup> Als Anhalts-

<sup>32</sup> Urt. v. 29.1.2026, Kommission/Zippo Manufacturing und Zippo, C-811/23 P, ECLI:EU:C:2026:48, Rn. 69s; Jörg Philipp TERHECHTE, Art. 41 GRCh, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, 2. Aufl. 2023, Rn. 12.

<sup>33</sup> Urt. v. 3.12.2019, Pethke/EUIPO, T-808/17, ECLI:EU:T:2019:832, Rn. 46; Urt. v. 19.6.2024, PV/Kommission, T-89/20, ECLI:EU:T:2024:402, Rn. 204.

<sup>34</sup> Urt. v. 31.3.1992, Burban, C-255/90 P, ECLI:EU:C:1992:153, Rn. 7.

<sup>35</sup> Hans-Werner LAUBINGER, Art. 41 GRCh (Recht auf eine gute Verwaltung) im Lichte des deutschen Verwaltungsrechts, in: *Staat, Verwaltung, Information: Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*, 2011, 659 (666 f.).

<sup>36</sup> Hans D. JARASS, Art. 41 GRCh, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2021, Rn. 15.

<sup>37</sup> Sebastian HESELHAUS, in: HESELHAUS / NOWAK, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Aufl. 2020, § 61 Rn. 44.

<sup>38</sup> Urt. v. 18.3.1997, Guérin/Kommission, C-282/95, ECLI:EU:C:1997:159, Rn. 37.

punkt für eine angemessene Verfahrensdauer kann jedoch die Zwei-Monats-Frist der Untätigkeitsklage gem. Art. 265 AEUV herangezogen werden.<sup>39</sup>

Das Verteidigungsrecht auf Anhörung gem. Art. 41 Abs. 2 lit. a) gewährt jeder Person das Recht, im Vorfeld einer ihr gegenüber ergehenden nachteiligen Maßnahme gehört zu werden.<sup>40</sup> Dieses Recht umfasst auch die Unterrichtung über geplante Maßnahmen,<sup>41</sup> die Gelegenheit zur Stellungnahme<sup>42</sup> und zu deren Berücksichtigung.<sup>43</sup>

Eng mit dem Anhörungsrecht verknüpft ist auch das Verteidigungsrecht auf Akteneinsicht gem. Art. 41 Abs. 2 lit. b) GRCh. So stellte das EuG fest, dass das Akteneinsichtsrecht zu den Verfahrensgarantien gehört, die das Recht auf Anhörung schützen sollen.<sup>44</sup> Der Betroffene soll also auf Basis der über ihn geführten Akten die Möglichkeit bekommen, zu dem Sachverhalt Stellung zu nehmen.<sup>45</sup> Dies stellt auch den Grund dafür dar, dass das Recht nur solche Akten umfasst, die den Grundrechtsträger selbst betreffen und die der Behörde als Entscheidungsgrundlage dienen.<sup>46</sup>

Zuletzt erwähnt Art. 41 Abs. 2 lit. c) GRCh das Recht auf Entscheidungsbegründung. Dieses Recht entspricht dem Recht auf Begründung gem. Art. 296 Abs. 2 AEUV.<sup>47</sup> Im Unterschied zu dem vorgenannten Recht, das für alle Rechtsakte gilt, ist jedoch Art. 41 Abs. 2 lit. c) GRCh

<sup>39</sup> Hans D. JARASS, Art. 41 GRCh, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2021, Rn. 17.

<sup>40</sup> Hans-Werner LAUBINGER, Art. 41 GRCh (Recht auf eine gute Verwaltung) im Lichte des deutschen Verwaltungsrechts, in: *Staat, Verwaltung, Information: Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*, 2011, 659 (669).

<sup>41</sup> Urt. v. 20.4.1999, LVM/Kommission, T-305/94, ECLI:EU:T:1999:80, Rn. 263.

<sup>42</sup> Urt. v. 21.9.2000, Mediocurso/Kommission, C-462/98 P, ECLI:EU:C:2000:480, Rn. 43 f.

<sup>43</sup> Urt. v. 25.6.2020, SATCEN/Rat, C-14/19 P, ECLI:EU:C:2020:492, Rn. 117.

<sup>44</sup> Urt. v. 17.9.1998, Primex Produkte Import und Export/Kommission, T-50/96, ECLI:EU:T:1998:223, Rn. 62.

<sup>45</sup> Kai-Dieter CLASSEN, *Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union: eine Untersuchung zu Herkunft, Entstehung und Bedeutung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechtecharta*, 2008, 303.

<sup>46</sup> Matthias KLATT, Art. 41 GRCh, in: VON DER GROEBEN / SCHWARZE / HATJE (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Rn. 14. Vgl. Urt. v. 16.7.2025, Ballmann/Europäischer Datenschutzausschuss, T-183/23, ECLI:EU:T:2025:735, Rn. 33 ff.

<sup>47</sup> Charta-Erläuterungen, ABl 2007, C 303/28.

nur auf Entscheidungen der Verwaltung anwendbar.<sup>48</sup> Es umfasst belastende und begünstigende Entscheidungen.<sup>49</sup>

### 3.2. Folgen von Verstößen

Ein Verstoß gegen die in Art. 41 GRCh genannten Verfahrensvorgaben führt nur dann zur Nichtigkeitsklärung der Entscheidung, wenn der Fehler „wesentlich“ im Sinne des Art. 263 Abs. 2 AEUV ist.<sup>50</sup> Bei den meisten Teilrechten der Norm ist außerdem eine mögliche Kausalität Voraussetzung für die Entscheidungsaufhebung, in dem Sinne, dass sich der Fehler auf das Ergebnis der Entscheidung ausgewirkt haben könnte.<sup>51</sup> Bezogen auf die Verteidigungsrechte ist dies bereits dann der Fall, wenn sich der Betroffene ohne den Fehler besser hätte verteidigen können.<sup>52</sup>

Während etwa im österreichischen Verwaltungsrecht Verfahrensmängel grundsätzlich gem. § 28 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 VwGVG von den Verwaltungsgerichten aufzugreifen und zu sanieren sind und nur in Ausnahmefällen die Zurückweisung an die Behörde wegen Unterlassens der notwendigen Sachverhaltsermittlung erfolgt,<sup>53</sup> ist eine Heilung von Verfahrensfehlern nach Ergehen der Entscheidung im gerichtlichen Verfahren von den Unionsgerichten grundsätzlich nicht anerkannt.<sup>54</sup> In Bezug auf eine unterbliebene Anhörung begründet der Gerichtshof die-

<sup>48</sup> Hans D. JARASS, Art. 41 GRCh, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2021, Rn. 31.

<sup>49</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Juliane KOKOTT v. 13.12.2007, Bertelsmann, C-413/06 P, ECLI:EU:C:2007:790, Rn. 98.

<sup>50</sup> Hans D. JARASS, Art. 41 GRCh, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2021, Rn. 5.

<sup>51</sup> Urt. v. 9.12.2020, Adraces/Kommission, T-714/18, ECLI:EU:T:2020:591, Rn. 89; Urt. v. 14.12.2022, Green Power Technologies/Kommission und Gemeinsames Unternehmen ECSEL, T-533/20, ECLI:EU:T:2022:805, Rn. 56.

<sup>52</sup> Urt. v. 14.6.2022, Qualcomm/Kommission, T-235/18, ECLI:EU:T:2022:358, Rn. 160.

<sup>53</sup> David LEEB, § 28 VwGVG, in: HENGSTSCHLÄGER / LEEB, *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (Ergänzungsband)*, 1. Aufl. 2017, Rn. 56, 63, 88.

<sup>54</sup> Urt. v. 28.6.2005, Dansk Rørindustri u.a./Kommission, C-189/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, Rn. 463; Urt. v. 22.1.2004, Mattila/Rat u. Kommission, C-353/01 P, ECLI:EU:C:2004:42, Rn. 31 ff.; Urt. v. 11.5.2023, Kommission/Sopra Steria Benelux et Unisys Belgium, C-101/22 P, ECLI:EU:C:2023:396, Rn. 88; Simón MATORANA, Verteidigungsrechte im Digital Markets Act, in: *Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2023, 1158 (1160).

sen Umstand so, dass das Organ vor der Festlegung seiner Entscheidung eher bereit sei, Bemerkungen zu entsprechen, als nach Veröffentlichung der Entscheidung. Denn würde es nach Ergehen der Entscheidung die Beanstandungen für begründet erkennen, so müsse es die Entscheidung zur Berichtigung ändern.<sup>55</sup>

### 3.3. *Subjektive Dimension des Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh – vollständige Justiziabilität des Rechts auf gute Verwaltung?*

Schwierigkeiten bereitet die Frage, inwieweit die von Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh gewährleisteten Rechte gerichtlich durchsetzbar sind. Die gerichtliche Durchsetzbarkeit ist für den einzelnen Grundrechtsinhaber nur insoweit gewährleistet, wie Art. 41 GRCh ihm ein subjektives Recht verleiht.<sup>56</sup> Eine zentrale Voraussetzung für die subjektive Durchsetzbarkeit des Art. 41 GRCh ist dabei zumindest eine minimale Betroffenheit des Grundrechtsträgers.<sup>57</sup>

Grundsätzlich deutet der Wortlaut der Norm („Jede Person hat ein Recht darauf [...]“) auf eine vollumfängliche Einräumung von subjektiven Rechten durch das Grundrecht hin. Die Unionsgerichte haben eine Individualrechtsposition auch in weiten Bereichen anerkannt.<sup>58</sup>

Diese Ausgestaltung ist jedenfalls mit Blick in die Mitgliedstaaten erstaunlich. In deren Verfassungen finden sich nur vereinzelt Ansätze zum Recht auf gute Verwaltung, wobei diese lediglich objektivrechtliche Grundsätze statuieren und keine Rechte an den Einzelnen verleihen.<sup>59</sup> Exemplarisch sei Art. 97 Abs. 1 der italienischen Verfassung genannt, der vorsieht, dass „die öffentlichen Ämter in der Weise aufgebaut [werden], dass die gute Führung und die Unparteilichkeit der Verwaltung

<sup>55</sup> Urt. v. 10.7.2001, Isermeri/Europa/Rechnungshof, C-315/99P, ECLI:EU:C:2001:391, Rn. 31.

<sup>56</sup> Hans D. JARASS, vor Art. 1 GRCh, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2021, Rn. 55.

<sup>57</sup> Jörg Philipp TERHECHTE, Art. 41 GRCh, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, 2. Aufl. 2023, Rn. 11.

<sup>58</sup> Vgl. Urt. v. 4.10.2006, Tillack/Kommission, T-193/04, ECLI:EU:T:2006:292, Rn. 127; Urt. v. 1.12.2021, Union syndicale Solidaires/Kommission, T-152/21, ECLI:EU:T:2021:847, Rn. 23.

<sup>59</sup> Jörg Philipp TERHECHTE, Art. 41 GRCh, in: PECHSTEIN / NOWAK / HÄDE (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, 2. Aufl. 2023, Rn. 7.

gewährleistet sind“. Eine subjektive Ausprägung des Rechts ist hier nicht erkennbar.<sup>60</sup>

An ihre Grenzen gelangt die subjektivrechtliche Dimension des Art. 41 GRCh jedoch, wenn man sich die gesamte Breite des Gewährleistungsgehalts der Norm vor Augen führt. So ergibt sich aus Formulierung „insbesondere“ in Abs. 2, dass die von Art. 41 GRCh aufgelisteten Rechte nicht abschließend sind.<sup>61</sup> Welche Rechte darüber hinaus Teil einer guten Verwaltung sind, lässt sich etwa dem von dem Europäischen Bürgerbeauftragten erstellten „Kodex für eine gute Verwaltungspraxis“ entnehmen.<sup>62</sup> In diesem finden sich weitere von der europäischen Judikatur erarbeitete Grundsätze einer guten Verwaltung, wie beispielsweise ein dienstleistungsorientiertes, korrektes, höfliches und zugängliches Verhalten sowie die Hilfsbereitschaft und vollständige und genaue Beantwortung von Fragen (Art. 12 Abs. 1) oder die Weiterleitung an die zuständige Stelle (Art. 15).<sup>63</sup> Es stellt sich die Frage, ob all diese Grundsätze auch eine individuelle Rechtsposition schaffen sollen und so etwa ein Recht auf eine höfliche Behandlung gerichtlich einklagbar sein kann.

Durch die Unionsgerichte wurde einer so weitgehenden Auslegung, pointiert formuliert, ein Riegel vorgeschoben. In seiner *Tillack*-Entscheidung aus dem Jahr 2006 urteilte das EuG, dass das Prinzip ordnungsgemäßer Verwaltung als solches dem Einzelnen grundsätzlich keine Rechte verleihe, sofern das Recht nicht Ausprägung spezifischer, in Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh aufgelisteter Rechte sei.<sup>64</sup> Diese Rechtsprechungslinie wurde auch nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags übernommen, wobei der Begriff des „Grundsatzes ordnungsgemäßer Verwaltung“ durch den Begriff des „Rechts auf gute Verwaltung“ ersetzt wurde.<sup>65</sup> Somit lässt sich die *Tillack*-Rechtsprechung auch auf den Art. 41 GRCh in seiner heutigen Form übertragen. In dem oben genannten Beispiel

<sup>60</sup> Diana-Urania GALETTA, Inhalt und Bedeutung des europäischen Rechts auf eine gute Verwaltung, in: *Europarecht* 2007, 57 (58).

<sup>61</sup> Matthias KLATT, Art. 41 GRCh, in: VON DER GROEBEN / SCHWARZE / HATJE (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Rn. 16.

<sup>62</sup> EUROPÄISCHER BÜRGERBEAUFTRAGTER, *Der Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis*, 2015, zugänglich auf der Website des Bürgerbeauftragten, <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/de/3510> (Abrufdatum 4.7.2025).

<sup>63</sup> *Ibid.*, siehe insbesondere Art. 10, 11, 14, 19.

<sup>64</sup> Urt. v. 4.10.2006, *Tillack/Kommission*, T-193/04, ECLI:EU:T:2006:292, Rn. 127.

<sup>65</sup> Urt. v. 1.12.2021, *Union syndicale Solidaires/Kommission*, T-152/21, ECLI:EU:T:2021:847, Rn. 23.

einer höflichen Behandlung durch die Verwaltung besteht indes in der Literatur Einigkeit, dass eine solche nicht aus einem der spezifischen in Art. 41 GRCh aufgelisteten Teilrechte ableitbar ist und somit nicht Teil des einklagbaren Gewährleistungsgehalts des Art. 41 GRCh sein kann.<sup>66</sup>

Es ist also festzuhalten, dass ein rein objektivrechtlicher, nicht justizialer Teil des Rechts auf gute Verwaltung existiert, welcher von dem subjektiven Gewährleistungsgehalt des Art. 41 GRCh zu trennen ist. Dennoch erfüllt auch der nicht justiziable Teil des Rechts auf gute Verwaltung eine bedeutsame Funktion, indem er als Soft Law Instrument Zielvorgaben für die Verwaltung statuiert.<sup>67</sup>

#### 4. *Rechtsprechung der Unionsgerichte zu dem Recht auf gute Verwaltung*

Aufgrund der großen Breite der auf dem Gebiet des Rechts auf gute Verwaltung ergangenen Urteile der Unionsgerichte hat der folgende Abschnitt zum Ziel, neben einigen Grundsatzentscheidungen vor allem aktuelle Themenkomplexe der Rechtsprechung herauszuarbeiten, in denen die Konturen des Art. 41 Abs. 1 und 2 GRCh weiter geschärft wurden. Einen Schwerpunkt der Analyse sollen hier die Entscheidungen zum Begründungserfordernis gem. Art. 41 Abs. 2 lit. c) GRCh darstellen, da dieses Recht die Unionsgerichte in besonders großem Umfang beschäftigt.

##### 4.1. *Rechtsprechung betreffend das Begründungserfordernis gemäß Art. 41 Abs. 2 lit. c) GRCh*

Auf dem Gebiet des Rechts auf eine Entscheidungsbegründung spielen Klagen im Zusammenhang mit Krisensituationen, bei denen sich die Kläger auf eine unzureichende Entscheidungsbegründung berufen, eine gewichtige Rolle. In Krisensituation wie der Covid-Pandemie oder der

<sup>66</sup> Sebastian HESELHAUS, in: HESELHAUS / NOWAK, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Aufl. 2020, § 61 Rn. 51; Ralf BAUER, *Das Recht auf eine gute Verwaltung im europäischen Gemeinschaftsrecht: Inhalt, Anwendungsbereich und Einschränkungsvoraussetzungen des Grundrechts auf eine gute Verwaltung in Artikel 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Lausanne, 2002, 90.

<sup>67</sup> Kai-Dieter CLASSEN, *Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union: eine Untersuchung zu Herkunft, Entstehung und Bedeutung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechtecharta*, 2008, 394, 452.

russischen Aggression in der Ukraine wird von der Verwaltung nämlich ein schnelles, reaktives Handeln in zahlreichen Fällen gefordert, das sich in einer relativ kurzen Begründung niederschlagen kann. Dies wird besonders deutlich am Beispiel der Klagen des *Ryanair*-Konzerns im Zusammenhang mit Corona-Subventionen für europäische Fluggesellschaften. Ebenfalls zu untersuchen ist die Klage eines russischen Oligarchen im Kontext der Sanktionen aufgrund des Angriffskrieges gegen die Ukraine. Zunächst sollen jedoch einige Grundsatzentscheidungen vorgestellt werden.

#### 4.1.1. Grundsatzentscheidungen zum Begründungserfordernis gemäß Art. 41 Abs. 2 lit. c) GRCh

Das Recht auf eine Entscheidungsbegründung wurde durch eine Vielzahl von Entscheidungen geformt. In der Rechtssache *Heylens* aus dem Jahr 1987 stellte der EuGH fest, dass der Zweck der Begründungspflicht neben der Gewährleistung einer effektiven gerichtlichen Kontrolle der behördlichen Entscheidung auch in der Stärkung der individuellen Grundrechte liegt.<sup>68</sup> Begründet wurde dies damit, dass der Grundrechtsträger nur mittels einer ausreichenden Entscheidungsbegründung darüber befinden kann, ob ein gerichtliches Vorgehen gegen eine behördliche Maßnahme von Nutzen ist.<sup>69</sup>

Zu den inhaltlichen Anforderungen der Begründung nahm der EuGH unter anderem in der Rechtssache *Casella/Kommission* aus dem Jahr 1972 Stellung. Darin wurde festgestellt, dass eine Entscheidungsbegründung nicht auf alle Argumente des Betroffenen eingehen muss, solange sie jedoch alle Tatsachen und Rechtsausführungen anführt, denen nach dem Aufbau der Entscheidung eine wesentliche Bedeutung zukommt.<sup>70</sup>

Auf inhaltlicher Ebene ist auf den Unterschied zwischen formellem Begründungserfordernis, welches allein Gegenstand des Art. 41 Abs. 2

<sup>68</sup> Urt. v. 15.10.1987, *Heylens*, C-222/86, ECLI:EU:C:1897:442, Rn. 15.

<sup>69</sup> *Ibid.*, Rn. 15.

<sup>70</sup> Urt. v. 14.07.1972, *Casella/Kommission*, C-55/69, ECLI:EU:C:1972:76, Rn. 22; in diesem Sinne auch Urt. v. 26.06.1986, *Nicolet*, C-203/85, ECLI:EU:C:1986:269, Rn. 10; Urt. v. 2.4.1998, *Systraval*, C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154, Rn. 63; Urt. v. 9.7.2025, *Compagnie générale des établissements Michelin/Kommission*, T-188/24, EU:T:2025:686, Rn. 25.

lit. c) GRCh ist, und dem materiellrechtlich zu beurteilenden Begründungsinhalt hinzuweisen. So entschied der Gerichtshof bereits im Jahr 1957 in der Rechtssache *Geitling*, dass im Rahmen der Prüfung der Verletzung von Formvorschriften nicht auf die Frage eingegangen werden muss, ob die Rechtsauffassungen der Behörde zutreffend sind.<sup>71</sup> Allein maßgeblich ist die Frage, ob die Begründung mit der getroffenen Entscheidung logisch vereinbar ist.<sup>72</sup>

Zu den Anforderungen an den Umfang der Begründungspflicht äußerte sich der Gerichtshof im Jahr 2003 in der Rechtssache *Interporc/Kommission*. Danach hat die Entscheidung umso ausführlicher zu sein, je gewichtigere Folgen sie für den Betroffenen mit sich bringt.<sup>73</sup> Steigende Anforderungen an den Umfang der Begründung der Entscheidung gehen auch mit der Einräumung eines behördlichen Ermessens- oder Beurteilungsspielraums einher.<sup>74</sup> Dieser Aspekt soll in der Folge noch ausführlicher untersucht werden.<sup>75</sup>

#### 4.1.2. Ryanair-Klagen im Zusammenhang mit Covid-19 Beihilfen

Die Fluggesellschaft *Ryanair* klagte vor dem EuG gegen zahlreiche Entscheidungen, mit denen nationalen Fluggesellschaften staatliche Beihilfen im Zuge der Covid-Pandemie gewährt wurden. In diesem Zusammenhang wurden interessante Fragen hinsichtlich des Begründungserfordernisses aufgeworfen.

##### 4.1.2.1. Ryanair-Klage gegen niederländische Covid-19-Beihilfen<sup>76</sup>

Die Klage *Ryanairs* gegen die niederländischen Covid-19 Beihilfen an die Fluggesellschaft *KLM* unterstreicht in anschaulicher Weise die bereits in der Rechtssage *Heylens*<sup>77</sup> festgestellten Zwecke des Begründungserfordernisses.

<sup>71</sup> Urt. v. 20.3.1957, *Geitling*, C-2/56, ECLI:EU:C:1957:4, 38.

<sup>72</sup> *Ibid.*, S. 38.

<sup>73</sup> Urt. v. 2.4.1998, *Systraval*, C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154, Rn. 63; Urt. v. 6.3.2003, *Interporc/Kommission*, C-41/00 P, ECLI:EU:C:2003:125, Rn. 55.

<sup>74</sup> Urt. v. 21.11.1991, *Hauptzollamt/TU-München*, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438, Rn. 14.

<sup>75</sup> S. Abschnitt 4.4.

<sup>76</sup> Urt. v. 19.5.2021, *Ryanair/Kommission*, T-643/20, ECLI:EU:T:2021:286.

<sup>77</sup> Urt. v. 15.10.1987, *Heylens*, C-222/86, ECLI:EU:C:1897:442, Rn. 15.

Ausgangspunkt des Falles war die Anmeldung einer staatlichen Beihilfe durch die Niederlande bei der Kommission gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV. Diese sollte der Fluggesellschaft *KLM* staatliche Darlehen sowie Sicherheiten für Darlehen bei Banken in Höhe von insgesamt 3,4 Milliarden Euro garantieren. Die Kommission erklärte die Beihilfen gem. Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar.

Von Bedeutung war dabei, dass die Kommission bereits im Jahr 2020 Beihilfen Frankreichs in Höhe von sieben Milliarden Euro an die *Air France* genehmigt hatte. *Air France* ist ebenso wie *KLM* Tochtergesellschaft der *Air France-KLM* Holdinggesellschaft. Eine zentrale Frage in diesem Rechtsstreit war also, ob die *KLM* gewährten Beihilfen in Kombination mit den *Air France* gebilligten Beihilfen zu einer Kumulation führen könnten.<sup>78</sup>

*Ryanair* berief sich dabei insbesondere auf einen Begründungsmangel des Beschlusses der Kommission. Die Klägerin warf der Kommission vor, ihre Begründungspflicht nach Art. 296 Abs. 2 AEUV verletzt zu haben, indem sie nicht dargelegt habe, ob oder inwiefern die zuvor *Air France* bewilligten Beihilfen auch *KLM* zugutekämen.<sup>79</sup>

Das Gericht stellte daraufhin fest, dass der angefochtene Beschluss keine Angaben zu den funktionellen, wirtschaftlichen und institutionellen Verbindungen zwischen der *Air France-KLM*-Holding und ihren Tochtergesellschaften *Air France* und *KLM* enthalte.<sup>80</sup> Die Kommission habe also nicht dargelegt, aus welchen Gründen sie der Ansicht war, dass *KLM* nicht in den Genuss der an *Air France* bewilligten Beihilfen kommen konnte.<sup>81</sup>

Mangels diesbezüglicher Angaben habe das Gericht keine nachprüf- bare und vollständige Grundlage, um die jeweiligen Funktionen der Gesellschaften in der Gruppe und die maßgeblichen Verbindungen zwischen ihnen zu verstehen und so insbesondere der Frage nachzugehen, ob die Holdinggesellschaft eine finanzielle Unterstützungsfunktion gegenüber den Tochtergesellschaften habe.<sup>82</sup>

Aufgrund der Komplexität der zugrundeliegenden wirtschaftlichen

<sup>78</sup> Zum Sachverhalt s. Urt. v. 19.5.2021, *Ryanair/Kommission*, T-643/20, EC-LI:EU:T:2021:286, Rn. 1-4.

<sup>79</sup> *Ibid.*, Rn. 36.

<sup>80</sup> *Ibid.*, Rn. 55.

<sup>81</sup> *Ibid.*, Rn. 44.

<sup>82</sup> *Ibid.*, Rn. 57.

Umstände und Sachverhalte verfüge die Kommission in dieser Frage über einen großen Ermessensspielraum, der eine eingeschränkte richterliche Kontrolle nach sich zieht, da der Unionsrichter seine Beurteilung insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht nicht an die Stelle derjenigen der Kommission setzen darf.<sup>83</sup> Umso wichtiger sei es daher für das Gericht, die Einhaltung der Verfahrensregeln durch die Behörde zu kontrollieren.<sup>84</sup> Vorliegend betreffe das vor allem die Frage, ob die in der Begründung angeführten Beweise alle relevanten Daten darstellen, die dazu benötigt werden, die komplexe behördliche Entscheidung zu treffen.<sup>85</sup> Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall jedoch nicht erfüllt gewesen.<sup>86</sup>

Zusätzlich stellte das Gericht fest, dass es unter diesen Umständen anhand der vorliegenden Datenbasis unmöglich gewesen sei, die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Beihilfeentscheidung zu überprüfen.<sup>87</sup> Ihrer Begründungspflicht sei die Kommission mithin nicht ausreichend nachgekommen. Die Entscheidung wurde aus diesen Gründen für nichtig erklärt.

#### 4.1.2.2. *Ryanair-Klage gegen italienische Covid-19-Beihilfen*<sup>88</sup>

Einen weiteren aufschlussreichen Fall aus der *Ryanair*-Rechtsprechung bietet die Klage des Konzerns gegen italienische Covid-19-Beihilfen. Hier werden insbesondere die Anforderungen an den Umfang und Inhalt der Begründungspflicht deutlicher herausgearbeitet.

In dem Fall hatte Italien Beihilfen an Fluggesellschaften unter anderem unter der Bedingung vergeben, dass die Beihilfeempfänger ihren Beschäftigten eine bestimmte Mindestvergütung entrichten müssen, die nicht unter das Niveau des nationalen Tarifvertrags fallen durfte.<sup>89</sup> Nach Ansicht der Klägerin prüfte die Kommission nicht ausreichend die

<sup>83</sup> Ibid., Rn. 69; vgl. auch Urt. v. 10.9.2025, Österreich/Kommission, T-625/22, ECLI:EU:T:2025:869, Rn. 30-38; Urt. v. 10.9.2025, ClientEarth/Kommission, T-579/22, ECLI: EU:T:2025:862, Rn. 226; Urt. v. 10.9.2025, Fédération environnement durable u.a./Kommission, T-583/22, ECLI: EU:T:2025:863, Rn. 32.

<sup>84</sup> Urt. v. 19.5.2021, Ryanair/Kommission, T-643/20, ECLI:EU:T:2021:286, Rn. 69.

<sup>85</sup> Ibid., Rn. 70.

<sup>86</sup> Ibid., Rn. 71.

<sup>87</sup> Ibid., Rn. 76.

<sup>88</sup> Urt. v. 24.5.2023, Ryanair/Kommission, T-268/21, ECLI:EU:T:2023:279.

<sup>89</sup> Zum Sachverhalt s. *ibid.*, Rn. 2-6.

Vereinbarkeit dieses Mindestvergütungserfordernisses mit dem Unionsrecht.<sup>90</sup>

Das Gericht rügte die Begründung der Kommission dahingehend, dass es unter diesen Umständen nicht habe überprüfen können, ob das Mindestvergütungserfordernis mit anderen unionsrechtlichen Bestimmungen als den in der Begründung genannten und somit mit dem Binnenmarkt insgesamt vereinbar sei.<sup>91</sup> So fand beispielsweise die Vereinbarkeit mit Art. 56 AEUV über den freien Dienstleistungsverkehr in dem Beschluss keine Erwähnung.<sup>92</sup> Damit habe die Kommission ihrer Begründungspflicht nicht hinreichend Folge geleistet.<sup>93</sup> Der Beschluss wurde für nichtig erklärt.<sup>94</sup>

Gegen diese Entscheidung legte jedoch die italienische Fluggesellschaft *Neos* ein Rechtsmittel ein. In seiner darauffolgenden Entscheidung hob der EuGH das Urteil des Gerichts auf.<sup>95</sup> Zunächst stellte der Gerichtshof dabei fest, dass der Beschluss gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV, keine Einwände gegen eine Beihilfemaßnahme zu erheben, innerhalb kurzer Fristen gefasst werden müsse und eine kurze Begründung daher ausreiche, sofern sie die maßgeblichen Gründe hinsichtlich der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Unionsrecht klar und eindeutig zum Ausdruck bringe.<sup>96</sup> Dabei könne von der Kommission insbesondere nicht erwartet werden, dass sie sich in jedem Einzelfall zu der Vereinbarkeit mit sonstigen Vorschriften des Unionsrechts äußere. Dies sei in Anbetracht der Vielzahl an in Frage kommenden Regelungen nicht möglich und beeinträchtige die Wirksamkeit des in Art. 108 AEUV vorgesehenen Verfahrens.<sup>97</sup> Zudem lasse sich der Begründung entnehmen, dass die Kommission andere als die genannten Bestimmungen nicht als verletzt sehe, wenn sie die Maßnahme insgesamt für europarechtskonform befinde.<sup>98</sup>

<sup>90</sup> Ibid., Rn. 18.

<sup>91</sup> Ibid., Rn. 34.

<sup>92</sup> Ibid., Rn. 34.

<sup>93</sup> Ibid., Rn. 38.

<sup>94</sup> Ibid., Rn. 38.

<sup>95</sup> Urt. v. 23.1.2025, *Neos/Ryanair and Commission*, C-490/23 P, ECLI:EU:C:2025:32.

<sup>96</sup> Ibid., Rn. 35.

<sup>97</sup> Ibid., Rn. 59.

<sup>98</sup> Ibid., Rn. 60.

#### 4.1.2.3. *Bewertung*

Besonders das Urteil des Gerichts zu der Klage von *Ryanair* gegen die niederländischen Beihilfen wirft die Frage nach der Praktikabilität des Begründungserfordernisses auf. In dieser Entscheidung wurde von der Kommission letztlich eine detaillierte schriftliche Darlegung komplexer wirtschaftlicher Umstände erwartet. Angesichts der im Zuge der Corona-Pandemie deutlich erhöhten Zahl an Anmeldungen von staatlichen Beihilfen bei der Kommission<sup>99</sup> ist es fraglich, ob unter den an die Bewertung zugrunde gelegten Maßstäben noch ein effizientes Prüfverfahren gewährleistet werden kann.

Denn sollte trotz hinreichender Untersuchungen durch die Behörde ein Begründungsmangel in der Entscheidung vorliegen, so kann die mit diesem Fehler behaftete Entscheidung nicht geheilt werden.<sup>100</sup> Gerade im Rahmen des Begründungserfordernisses sind die Unionsgerichte dabei besonders streng, wie sich an der Tatsache zeigt, dass nach Ergehen der Entscheidung allenfalls rein orthographische oder grammatikalische Anpassungen vorgenommen werden dürfen.<sup>101</sup> Die Entscheidung wird also in einem solchen Fall von dem Gericht annulliert und an die Behörde zurückverwiesen, die das Verwaltungsverfahren daraufhin von Neuem durchführen muss.

Insofern zeigt sich indes die Entscheidung des Gerichtshofs bezüglich der italienischen Beihilfen als sachgerechte Beschränkung der Begründungsmaßstäbe zugunsten der Behörde. So muss diese nicht etwa eine umfassende Vereinbarkeit mit sämtlichen in Betracht kommenden unionsrechtlichen Bestimmungen darlegen, sofern sie die Rechtmäßigkeit der Maßnahme klar und eindeutig begründet. Dabei nimmt der Gerichtshof zugunsten der Behörde sogar explizit auf die kurzen Fristen des Art. 108 AEUV Rücksicht, indem er hier wörtlich eine „kurze Begründung“ zulässt.<sup>102</sup>

<sup>99</sup> Dazu s. die Pressemitteilung IP/23/2407 der Kommission vom 24.4.2023, [https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/de/ip\\_23\\_2407](https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/de/ip_23_2407) (Abrufdatum 4.7.2025).

<sup>100</sup> Sebastian HESELHAUS, in: HESELHAUS / NOWAK, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Aufl. 2020, § 61 Rn. 78.

<sup>101</sup> Urt. v. 15.6.1994, Kommission/BASF, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247, Rn. 67 f.

<sup>102</sup> Urt. v. 23.1.2025, Neos/Ryanair and Commission, C-490/23 P, ECLI:EU:C:2025:32, Rn. 35.

### 4.1.3. Die Klage Ezubovs gegen die Aufnahme in die europäische Sanktionsliste<sup>103</sup>

#### 4.1.3.1. Sachverhalt und rechtliche Würdigung durch das Gericht

In der jüngeren Rechtsprechung des Gerichts spielt das Begründungserfordernis auch im Zusammenhang mit den europäischen Sanktionsmaßnahmen gegen russische Oligarchen eine erwähnenswerte Rolle. So klagten zahlreiche Betroffene gegen die Aufnahme ihres Namens in die Sanktionsliste, wobei in vielen Fällen – hingegen selten mit Erfolg – der Kommission eine unzureichende Entscheidungsbegründung vorgeworfen wurde.<sup>104</sup> Diese Urteile bieten ebenfalls wertvolle Erkenntnisse in Bezug auf das Begründungserfordernis.

Beispielhaft sei der Fall des russischen Geschäftsmanns *Pavel Ezubov* genannt. Dieser wurde auf Grundlage eines Ratsbeschlusses<sup>105</sup> aufgelistet, wonach neben den bereits auf der Sanktionsliste stehenden Personen auch diejenigen Personen zu sanktionieren sind, die mit den aufgeführten Personen „verbunden“ sind. Aufgrund des Umstands, dass *Ezubov* als Cousin des sich auf der Sanktionsliste befindlichen russischen Oligarchen *Deripaska* von diesem große Vermögenswerte übertragen bekommen hatte, stufte der Rat ihn als eine verbundene Person im Sinne des erwähnten Beschlusses ein. Die Sanktionen gegen *Ezubov* wurden durch einen weiteren Ratsbeschluss<sup>106</sup> verlängert.<sup>107</sup>

Gegen diese Maßnahmen wehrte sich der Kläger vor dem Gericht. Er berief sich dabei unter anderem auf eine unzureichende Entschei-

<sup>103</sup> Urt. v. 11.9.2024, Ezubov/Rat, T-741/22, ECLI:EU:T:2024:605.

<sup>104</sup> Vgl. Urt. v. 20.12.2023, Abramovich/Rat, T-313/22, ECLI:EU:T:2023:830; Urt. v. 15.11.2023, OT/Rat, T-193/22, ECLI:EU:T:2023:716; Urt. v. 7.2.2024, Usmanov/Rat, T-237/22, ECLI:EU:T:2024:56.

<sup>105</sup> Beschluss 2014/145/GASP des Rates vom 17. März 2014 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen, ABl. 2014, L 78, 16, in der durch den Beschluss (GASP) 2022/1272 des Rates vom 21. Juli 2022 zur Änderung des Beschlusses 2014/145/GASP geänderten Fassung, ABl. 2022, L 193, 245.

<sup>106</sup> Art. 1 des Beschlusses (GASP) 2022/1530 des Rates vom 14. September 2022 zur Änderung des Beschlusses 2014/145/GASP über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine untergraben oder bedrohen, ABl. 2022, L 239, 149.

<sup>107</sup> Zum Sachverhalt s. Urt. v. 11.9.2024, Ezubov/Rat, T-741/22, ECLI:EU:T:2024:605, Rn. 2-21.

dungsbegründung. So sei die vom Rat vorgebrachte familiäre Verbundenheit zwischen dem Kläger und *Deripaska* nicht ausreichend, um die Beibehaltung seines Namens auf der Liste zu rechtfertigen.<sup>108</sup>

Diesem Klagegrund gab das Gericht jedoch nicht statt. Maßgeblich sei es für die Entscheidungsbegründung, dass es der betroffenen Person ermöglicht werde, die Tragweite der Entscheidung zu verstehen.<sup>109</sup> Die angeführten Erwägungen seien ausreichend, um die Einordnung als „verbundene Person“ nachzuvollziehen. Auf alle rechtlich oder tatsächlich relevanten Umstände sei nicht einzugehen.<sup>110</sup>

Schließlich stellt das Gericht fest, dass die Behauptung des Klägers, die familiäre Verbundenheit zu *Deripaska* begründe nicht die Beibehaltung seines Namens auf der Liste, in diesem Zusammenhang irrelevant sei.<sup>111</sup> Denn mit einem solchen Argument wende sich der Kläger gegen die materielle Begründetheit des angefochtenen Beschlusses.<sup>112</sup> Das Begründungserfordernis aus Art. 296 Abs. 2 AEUV hingegen sei lediglich ein formelles Verfahrenserfordernis. Seien die Gründe mit Fehlern behaftet, so bringe dies keine Verletzung der Begründungspflicht mit sich, sondern beeinträchtige lediglich die materielle Rechtmäßigkeit der Entscheidung.<sup>113</sup> Somit könne auch eine fehlerhafte Begründung den Anforderungen des Art. 296 Abs. 2 AEUV gerecht werden.<sup>114</sup>

#### 4.1.3.2. Bewertung

Diese vom Gericht vorgenommene Abgrenzung zwischen formellen und materiellen Begründungsfehlern vereinfacht grundsätzlich die Anforderungen an die Begründungspflicht für die Behörde. Fragen wirft diese Unterscheidung jedoch dahingehend auf, ob nicht die Gefahr eines Wertungswiderspruchs entstehen könnte. So soll eine fehlende Begründung die Entscheidung formell rechtswidrig werden lassen, eine rechtlich oder tatsächlich unzutreffende Begründung könnte die Entscheidung jedoch unberührt lassen, sofern die Maßnahme aus anderen

<sup>108</sup> Ibid., Rn. 76.

<sup>109</sup> Ibid., Rn. 63.

<sup>110</sup> Ibid., Rn. 63 f.

<sup>111</sup> Ibid., Rn. 76.

<sup>112</sup> Ibid., Rn. 77.

<sup>113</sup> Ibid., Rn. 77.

<sup>114</sup> Ibid., Rn. 77.

Gründen rechtmäßig ist. Naheliegender wäre jedoch der Schluss, dass ein materieller Begründungsfehler die Entscheidung erst recht rechtswidrig werden lassen muss, wenn dies bereits bei einem formellen Fehler der Fall ist.<sup>115</sup>

Allerdings wird diese Kritik der zugrundeliegenden Problematik nicht gerecht. So besteht auch bei einer unzutreffenden Begründung eine volle Überprüfbarkeit der Entscheidung durch das Gericht.<sup>116</sup> Werden jedoch gar keine oder nur unzureichende Gründe für die Entscheidung genannt, so werden die Zwecke des Begründungserfordernisses, namentlich die rechtliche Überprüfbarkeit durch das Gericht und die umfängliche Geltendmachung eigener Verteidigungsrechte, nicht gewährleistet.

*4.2. Der Unparteilichkeitsgrundsatz gemäß Art. 41 Abs. 1 Var. 1 GRCh, dargestellt an dem Fall Pethke/EUIPO<sup>117</sup>*

Neben der Rechtsprechung zu den in Art. 41 Abs. 2 GRCh garantierten Verteidigungsrechten lohnt sich auch der Blick – unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Unparteilichkeit – auf die Urteile des Gerichts zu den Teilrechten des Abs. 1.

#### *4.2.1. Sachverhalt und rechtliche Würdigung durch das Gericht*

Ausgangspunkt des Falles war die jährliche Bewertung der Arbeitsleistung des Klägers, eines bei EUIPO angestellten Juristen. Dieser wechselte im Oktober 2016 seine Position innerhalb der Behörde und wurde einem anderen Vorgesetzten unterstellt. Für die Beurteilung der Arbeitsleistung des Klägers im Jahr 2016 konsultierte der neue Vorgesetzte für den Zeitraum bis Oktober den ehemaligen Vorgesetzten des Klägers. Basierend auf dieser Konsultation erhielt der Kläger eine Bewertung, die sein Verhalten kritisierte und sein Leistungsvermögen als im Vergleich zu den Vorjahren „schwächer“ beschrieb. Zudem ging aus ihr hervor, dass der ehemalige Vorgesetzte das Vertrauen in den Kläger verloren habe. Nachdem sich der Kläger in der Folge gegen diese Bewertung ge-

<sup>115</sup> Vgl. zu einer ähnlichen Problematik im deutschen Verwaltungsrecht auch Peter BAUMEISTER, *Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts*, 2006, 157 ff., 161.

<sup>116</sup> Vgl. auch *ibid.*, 186.

<sup>117</sup> Urt. v. 3.12.2019, Pethke/EUIPO, T-808/17, ECLI:EU:T:2019:832.

wandt hatte, ging die Sache an den Berufungsbeurteilenden des EUIPO, der gleichzeitig jedoch der ehemalige Vorgesetzte des Klägers war. Der Antrag des Klägers, die Bezugnahme auf die Bewertung des ehemaligen Vorgesetzten in der Bewertung für das Jahr 2016 zu entfernen und durch eine unparteiische Bewertung zu ersetzen, wurde abgelehnt.<sup>118</sup>

Der Kläger machte daraufhin in seiner Klage geltend, der frühere Dienstvorgesetzte könne kein unparteiischer Berufungsbeurteilender für die Beurteilung für das Jahr 2016 sein, da er selbst wesentlich zu der Erstellung dieser Beurteilung beigetragen habe. Dabei stützte sich der Kläger im Wesentlichen auf die Pflicht der Beamten zur Unparteilichkeit gem. Art. 41 Abs. 1 GRCh.<sup>119</sup>

In seiner rechtlichen Würdigung traf das Gericht zunächst einige allgemeine Aussagen zum Unparteilichkeitsprinzip. So habe der Grundsatz zur Aufgabe, Interessenkonflikte zu vermeiden und auch das äußere Erscheinungsbild der Organe und Einrichtungen zu schützen.<sup>120</sup> Dabei hob das Gericht die zwei verschiedenen Ausprägungen des Unparteilichkeitsgrundsatzes hervor. Dieser umfasse zunächst eine subjektive Komponente, die zum Inhalt habe, dass kein Mitglied des befassen Organs voreingenommen oder mit persönlichen Vorurteilen behaftet sein dürfe.<sup>121</sup> In seiner objektiven Ausprägung habe das Prinzip zum Inhalt, dass das Organ hinreichende Garantien bieten müsse, um jeden berechtigten Zweifel mit Blick auf etwaige Vorurteile auszuschließen.<sup>122</sup>

Das Gericht gab der Klage statt, da es diese Garantien im vorliegenden Fall als nicht erfüllt sah. So könne ein Berufungsverfahren, in welchem der frühere Dienstvorgesetzte aufgefordert werde, seine z.T. eigene Beurteilung zu überprüfen, die berechtigten Zweifel an seiner Unparteilichkeit nicht aus dem Weg räumen.<sup>123</sup>

<sup>118</sup> Zum Sachverhalt s. *ibid.*, Rn. 7-27.

<sup>119</sup> *Ibid.*, Rn. 37.

<sup>120</sup> *Ibid.*, Rn. 45.

<sup>121</sup> *Ibid.*, Rn. 46.

<sup>122</sup> *Ibid.*, Rn. 46.

<sup>123</sup> *Ibid.*, Rn. 52 f. Zur Unparteilichkeit im Rahmen der politisch brisanten Beschlüsse des Europäischen Parlaments zur Aufhebung der Immunität von Carles Puigdemont u.a. siehe jüngst Urt. v. 5.2.2026, C-572/23 P, ECLI:EU:C:2026:70, insb. Rn. 85-115, 126-132.

#### 4.2.2. Bewertung

In der Entscheidung kommen die bereits in früherer Rechtsprechung<sup>124</sup> etablierten Grundsätze zur Trennung des Unparteilichkeitsgrundsatzes in eine objektive und eine subjektive Komponente klar zum Vorschein. Gerade mit Blick auf die objektive Komponente betont das Gericht darin die Bedeutung dieses Grundsatzes für das äußere Erscheinungsbild der Organe. So soll das Unparteilichkeitsgebot vorbeugen, dass in den Augen Dritter auch nur der Anschein erweckt werden könnte, ein Umstand könne die Unabhängigkeit eines Beamten beeinträchtigen.<sup>125</sup>

In diesem Sinne entschied der Gerichtshof bereits in früherer Rechtsprechung, dass schon das Vorliegen berechtigter Zweifel an der Unparteilichkeit genügt und der Kläger die Existenz eines Mangels an Unparteilichkeit nicht beweisen muss.<sup>126</sup> Ist also ein solcher berechtigter Zweifel anzunehmen, hat der Kläger keine konkreten Indizien für die Parteilichkeit wie Erklärungen oder Stellungnahmen des betreffenden Handelnden mehr zu erbringen.<sup>127</sup> Denn die objektive Unparteilichkeit ist unabhängig von dem spezifischen Verhalten der betreffenden Person zu beurteilen.<sup>128</sup> Die Tatsache, dass die Schwelle zur Bejahung der Parteilichkeit bereits auf einem relativ niedrigen Niveau angesetzt wird, verdeutlicht, wie zentral dieser Grundsatz für die Unabhängigkeit und Integrität der Organe und Einrichtungen der Union ist.

#### 4.3. Der Grundsatz der behördlichen Sorgfaltspflicht dargestellt an dem Fall *Stevi*/Kommission<sup>129</sup>

##### 4.3.1. Sachverhalt und rechtliche Würdigung durch das Gericht

Der Fall *Stevi* betrifft die behördliche Sorgfaltspflicht und damit ei-

<sup>124</sup> Vgl. Urt. v. 12.1.2023, *HSBC Holdings e.a./Kommission*, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, Rn. 77; Urt. v. 1.2.2024, *Scania e. a./Kommission*, C-251/22 P, ECLI:EU:C:2024:103, Rn. 70.

<sup>125</sup> Urt. v. 3.12.2019, *Pethke/EUIPO*, T-808/17, ECLI:EU:T:2019:832, Rn. 45.

<sup>126</sup> Urt. v. 27.3.2019, *August Wolff und Remedia/Kommission*, C-680/16 P, ECLI:EU:C:2019:257, Rn. 37.

<sup>127</sup> Urt. v. 14.3.24, *D & A Pharma/Kommission und EMA*, C-291/22 P, ECLI:EU:C:2024:228, Rn. 80.

<sup>128</sup> *Ibid.*, Rn. 80.

<sup>129</sup> Urt. v. 14.5.2025, *Stevi/Kommission*, T-36/23, ECLI:EU:T:2025:483.

nen weiteren Aspekt des Grundsatzes guter Verwaltung, der eng mit dem soeben dargestellten Unparteilichkeitsgrundsatz verbunden ist.

Die für die *New York Times* tätige Journalistin *Matina Stevi* beantragte bei der Kommission den Zugang zu allen Textnachrichten der Kommissionspräsidentin *von der Leyen* und dem CEO von Pfizer, *Albert Burla*, in der Zeit vom 1.1.2021 bis zum 11.5.2022. Gestützt wurde der Antrag auf die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten.<sup>130</sup> Die Kommission brachte vor, sie sei nicht mehr im Besitz der angefragten Dokumente und lehnte den Antrag ab. Die Klägerin wandte sich daraufhin an das Gericht mit dem Antrag, die Entscheidung der Kommission für nichtig zu erklären.<sup>131</sup>

Das Gericht – in der seltenen Zusammenbesetzung als große Kammer – stellte zunächst fest, dass die Klägerin konkrete Anhaltspunkte dafür vorgelegt habe, dass die Textnachrichten zwischen der Kommissionspräsidentin und dem Pfizer-Chef im Rahmen der Covid-19-Pandemie tatsächlich ausgetauscht worden seien. Somit sei es der Klägerin gelungen, die Vermutung der Nichtexistenz der Dokumente zu entkräften.<sup>132</sup> Die Kommission habe im Gegenzug plausibel darzulegen, weswegen die Dokumente nicht mehr existierten oder sich nicht mehr in ihrem Besitz befanden.<sup>133</sup>

In der Folge legte das Gericht dar, dass die Kommission einer Sorgfaltspflicht unterliege, die ihrerseits aus dem Grundsatz guter Verwaltung folge. Im vorliegenden Fall bedeute das, dass die von der Kommission durchzuführende Untersuchung in Bezug auf die angeforderten Dokumente mit aller möglichen Sorgfalt durchzuführen sei.<sup>134</sup> Zudem ergebe sich aus dem Recht auf Zugang zu Dokumenten aus der Verordnung in Verbindung mit dem Recht auf gute Verwaltung, dass die Kommission die Aufbewahrung der in ihrem Besitz befindlichen Dokumente sicherzustellen habe, um das Recht auf Zugang zu Dokumenten nicht auszuhöhlen.<sup>135</sup>

<sup>130</sup> Art. 2 Abs. 3 und Art. 3 lit. a) der Verordnung Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.

<sup>131</sup> Zum Sachverhalt s. Urt. v. 14.5.2025, *Stevi/Kommission*, T-36/23, EC-LI:EU:T:2025:483, Rn. 2-8.

<sup>132</sup> *Ibid.*, Rn. 58.

<sup>133</sup> *Ibid.*, Rn. 60.

<sup>134</sup> *Ibid.*, Rn. 59 f.

<sup>135</sup> *Ibid.*, Rn. 79.

Dieser Verpflichtung habe die Kommission jedoch in mehrerlei Hinsicht nicht entsprochen. So behauptete die Kommission, sie könne trotz erneuter Nachforschungen kein entsprechendes Dokument identifizieren, wobei sie jedoch nicht den Umfang oder die Einzelheiten dieser Nachforschungen präzisierete. Damit habe die Kommission gegen die Pflicht verstoßen, plausible Erklärungen für den Nichtbesitz der Dokumente abzugeben.<sup>136</sup> Gleiches gelte für die Tatsache, dass die Kommission zwar die Nichtexistenz der Dokumente behauptet habe, jedoch beispielsweise nicht dargelegt habe, ob auch das alte Mobiltelefon der Präsidentin durchsucht worden sei.<sup>137</sup> Darüber hinaus habe die Kommission behauptet, sie speichere nur wichtige und dauerhafte Informationen, ohne dass sie jedoch dargelegt habe, warum das angeforderte Dokument nicht eine solche Information darstelle.<sup>138</sup> Unter diesen Umständen habe die Kommission gegen den Grundsatz der guten Verwaltung verstoßen.<sup>139</sup> Das Gericht hob daher die Kommissionsentscheidung auf.

#### 4.3.2. Bewertung

Der von dem Gericht vorgebrachte Grundsatz der behördlichen Sorgfaltspflicht ist als Ausfluss des Grundsatzes ordnungsgemäßer Verwaltung bereits lange durch die Rechtsprechung etabliert.<sup>140</sup> Er umfasst generell die Pflicht, alle relevanten Umstände des Falles sorgfältig und unparteiisch zu prüfen und alle für die Ausübung des Ermessens erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Informationen einzuholen.<sup>141</sup> Diese Pflicht ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut des Art. 41 GRCh. In der Literatur wird sie in der Regel aus dem Unparteilichkeitsgrundsatz heraus entwickelt, mit der Begründung, dass eine

<sup>136</sup> Ibid., Rn. 67 f.

<sup>137</sup> Ibid., Rn. 71-73.

<sup>138</sup> Ibid., Rn. 82.

<sup>139</sup> Ibid., Rn. 85.

<sup>140</sup> Urt. v. 6.7.1995, *Odigitria/Rat u. Kommission*, T-572/93, ECLI:EU:T:1995:131, Rn. 26; Schlussanträge des Generalanwalts *Walter van Gerven v. 4.6.1991, Nölle I*, C-16/90, ECLI:EU:C:1991:233, Rn. 28.

<sup>141</sup> Urt. v. 18.5.2022, *Wieland-Werke/Kommission*, T-251/19, ECLI:EU:T:2022:296, Rn. 501; Urt. v. 20.10.2021, *Kerstens/Kommission*, T-220/20, ECLI:EU:T:2021:716, Rn. 33; Urt. v. 12.5.2022, *Klein/Kommission*, C-430/20 P, ECLI:EU:C:2022:377, Rn. 88.

unparteiliche Behandlung nur mit einer sorgfältigen Entscheidungsvorbereitung möglich sei.<sup>142</sup>

Anknüpfend an die kritische Betrachtungsweise der hohen Anforderungen an die Begründungspflicht<sup>143</sup> lässt sich auch in dem vorliegenden Fall feststellen, dass das Recht auf Zugang zu Dokumenten in Verbindung mit der behördlichen Sorgfaltspflicht die begrenzten Ressourcen der Verwaltung in erheblichem Umfang zu beanspruchen vermag. So existiert zwar die Rechtsprechung des EuG, dass die Behörde in eng umgrenzten Ausnahmefällen das Zugangsbegehren bei einem unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand ablehnen darf.<sup>144</sup> In allen anderen Fällen muss hingegen eine aufwändige Recherche betrieben werden oder, wie im vorliegenden Fall, die Nichtauffindbarkeit des Dokuments ausführlich begründet werden. Auch an dieser Stelle liegt die Frage nahe, inwieweit das Recht auf gute Verwaltung mit einer effizienten und ressourcenschonenden Verwaltung vereinbar ist.

#### 4.4. Das Recht auf gute Verwaltung bei Entscheidungen mit Ermessens- oder Beurteilungsspielraum dargestellt an dem Fall CWS Powder Coatings<sup>145</sup>

Setzt man sich mit der Rechtsprechung der Unionsgerichte zu dem Grundsatz guter Verwaltung auseinander, so wird dabei besonders deutlich, welche Bedeutung der Verbindung zwischen behördlichem Ermessens- und Beurteilungsspielraum und den Anforderungen an die Grundrechte aus Art. 41 GRCh beigemessen wird. Dies zeigt sich auch an dem im Folgenden dargestellten Fall.

<sup>142</sup> Sebastian HESELHAUS, in: HESELHAUS / NOWAK, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Aufl. 2020, § 61 Rn. 41; Hans-Werner LAUBINGER, Art. 41 GRCh (Recht auf eine gute Verwaltung) im Lichte des deutschen Verwaltungsrechts, in: *Staat, Verwaltung, Information: Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*, 2011, 659 (682).

<sup>143</sup> Näher Abschnitt 4.1.2.3.

<sup>144</sup> Vgl. Urt. v. 19.7.1999, Hautala/Rat, T-14/98, ECLI:EU:T:1999:157, Rn. 86; Timo KNÄBE, Gekommen um zu bleiben? 20 Jahre Informationsfreiheit auf EU-Ebene durch VO (EG) Nr. 1049/2001 im Lichte der EuG(H)-Rechtsprechung, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2022, 349 (352 f.).

<sup>145</sup> Urt. v. 23.11.2022, CWS Powder Coatings GmbH/Kommission, T-279/20, T-288/20, T-283/20, ECLI:EU:T:2022:725.

#### 4.4.1. Sachverhalt und rechtliche Würdigung durch das EuG

Die Kommission hatte in einer delegierten Verordnung<sup>146</sup> Titandioxid in einer speziellen chemischen Form als krebserregend eingestuft. Diese Einordnung stützte sie auf eine entsprechende Stellungnahme des Ausschusses für Risikobeurteilung der Europäischen Chemikalienagentur (im Folgenden: RAC).

Die wissenschaftliche Ermittlung der Karzinogenität erfolgte auf Grundlage von Studien, die die Entwicklung von Tumoren infolge einer Titandioxidexposition aufzeigten. Dabei gab die maßgebliche Studie nicht an, welcher Dichtewert der Titandioxidpartikel bei den Berechnungen zugrunde gelegt werden musste.<sup>147</sup> Für den RAC stellte sich damit die Frage, ob der Standardwert der Dichte von Titandioxidpartikeln oder der Dichtewert der Agglomerate von Titandioxidpartikeln bei den Berechnungen zu berücksichtigen war.<sup>148</sup> Der RAC entschied sich mangels Angaben in der wissenschaftlichen Studie für die Zugrundelegung des Standardwertes.<sup>149</sup>

Das Gericht lehnte die gewählte Berechnungsmethode ab und erklärte in der Folge die Kommissionsentscheidung für nichtig. Zur Begründung führte das Gericht an, der RAC habe einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, indem er nicht berücksichtigte, dass Titandioxidpartikel zur Bildung von Agglomeraten neigten und somit ein anderer Dichtewert als die Standarddichte zugrunde zu legen sei.<sup>150</sup> Damit habe der RAC nicht alle relevanten Gesichtspunkte des Falls berücksichtigt, die zur Entscheidung über den Sachverhalt nötig gewesen seien.<sup>151</sup>

#### 4.4.2. Rechtliche Würdigung durch den EuGH

Gegen die Gerichtsentscheidung legten die Europäische Kommissi-

<sup>146</sup> Delegierte Verordnung (EU) 2020/217 der Kommission vom 4. Oktober 2019 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einstufung, Kennzeichnung und Verpackung von Stoffen und Gemischen zwecks Anpassung an den technischen und wissenschaftlichen Fortschritt und zur Berichtigung der Verordnung, ABl. 2020, L 44, 1.

<sup>147</sup> Urt. v. 23.11.2022, CWS Powder Coatings GmbH/Kommission, T-279/20, T-288/20, T-283/20, ECLI:EU:T:2022:725, Rn. 55.

<sup>148</sup> Ibid., Rn. 53 ff.

<sup>149</sup> Ibid., Rn. 56.

<sup>150</sup> Ibid., Rn. 100, 103.

<sup>151</sup> Ibid., Rn. 100.

on und die Französische Republik ein Rechtsmittel ein. In ihren Schlussanträgen hat die Generalanwältin *Čapeta* dem Gerichtshof vorgeschlagen, dem Rechtsmittel stattzugeben.<sup>152</sup>

Die Generalanwältin rief zunächst die Grundsätze des behördlichen Ermessens und der Beurteilung in Erinnerung. So stehe den Behörden bei der Beurteilung komplexer Sachverhalte ein Ermessensspielraum zu, welcher der Behörde die Reaktion auf den Sachverhalt überlasse und welcher mit einem eingeschränkten gerichtlichen Kontrollmaßstab einhergehe.<sup>153</sup> Dabei habe das Gericht die „richtige“ Auslegung wissenschaftlicher Daten nicht zu kontrollieren – dies sei Aufgabe der Kommission.<sup>154</sup> Stellte das Gericht seine eigene wissenschaftliche Beurteilung über die der Kommission, so griffe es dadurch in die Zuständigkeit der Verwaltung ein.<sup>155</sup> Denn die Verträge ermächtigten die Gerichte nicht, in Fällen wissenschaftlicher Ungewissheit selbst auf diese Fragen Antworten zu finden, da ihnen die Expertise dazu fehle.<sup>156</sup>

Folgt man der Einschätzung der Generalanwältin, so hat das Gericht in dem vorliegenden Fall diese Kontrollbefugnis überschritten, indem es die von der Kommission aus den Studien gezogenen Schlussfolgerungen bemängelte.<sup>157</sup> Das Gericht hätte die Ergebnisse lediglich mit dem Argument ablehnen können, dass nicht alle relevanten Umstände berücksichtigt worden seien, mithin die Kommission nicht sorgfältig genug ermittelt und damit den Grundsatz guter Verwaltung verletzt habe.<sup>158</sup>

Der EuGH pflichtete der Beurteilung der Generalanwältin insofern bei, als dass es nicht Aufgabe des Gerichts gewesen sei, zu entscheiden, ob der gewählte Dichtewert für die Berechnung fehlerhaft war oder nicht.<sup>159</sup> In der Tat habe sich das Gericht durch diese Beurteilung nicht auf die Prüfung beschränkt, ob der RAC alle relevanten Gesichtspunkte

<sup>152</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Tamara ČAPETA v. 6.2.2025, Frankreich/CWS Powder Coatings e. a., C-71/23 P, C-82/23 P, ECLI:EU:C:2025:65.

<sup>153</sup> Ibid., Rn. 72 f.

<sup>154</sup> Ibid., Rn. 84 f.

<sup>155</sup> Ibid., Rn. 85.

<sup>156</sup> Ibid., Rn. 86.

<sup>157</sup> Ibid., Rn. 97.

<sup>158</sup> Ibid., Rn. 92.

<sup>159</sup> Urt. v. 1.8.2025, Frankreich/CWS Powder Coatings e. a., C-71/23 P, C-82/23 P, ECLI:EU:C:2025:601, Rn. 113 f.

des Sachverhalts gebührend berücksichtigt habe und so seine Kontrollbefugnis überschritten.<sup>160</sup>

Gleichzeitig kam der Gerichtshof jedoch zu dem Ergebnis, dass sich der Tenor des Urteils des Gerichts aus anderen Rechtsgründen als richtig erwies.<sup>161</sup> So habe das Gericht zwar nicht die Angemessenheit der Heranziehung des Standarddichtewertes zu beurteilen, jedoch habe es zu überprüfen, ob die Behörde beim Erlass des fraglichen Rechtsaktes überhaupt ihr Ermessen ausgeübt hat und dabei alle relevanten Faktoren, die mit diesem Rechtsakt geregelt werden sollten, berücksichtigt hat.<sup>162</sup>

Dieser Verpflichtung sei der RAC jedoch nicht nachgekommen. Zwar sei dieser sich durchaus dem Phänomen der Agglomeratbildung der Titandioxidpartikel bewusst gewesen, jedoch sei in dessen Stellungnahme eine eingehende Auseinandersetzung mit der Frage, ob trotz der Agglomeratbildung die Heranziehung des Standarddichtewerts angemessen sein könnte, nicht erfolgt.<sup>163</sup> Diese Frage hätte der RAC anhand von aktuellen wissenschaftlichen Studien untersuchen müssen, um zu beurteilen, welcher Dichtewert richtigerweise zugrunde zu legen gewesen wäre.<sup>164</sup> In Ermangelung dieser Vorgehensweise sei für das Gericht nicht erkennbar gewesen, ob der RAC tatsächlich sein Ermessen hinsichtlich dieser Frage ausgeübt hat.<sup>165</sup> Im Übrigen habe der RAC so nicht alle relevanten Gesichtspunkte des Falles berücksichtigt.<sup>166</sup> Der EuGH wies das Rechtsmittel zurück und bestätigte die Entscheidung des EuG.

#### 4.4.3. Bewertung

Die Verbindung des Falles zu dem Recht auf gute Verwaltung wird deutlich, wenn man sich den Kontrollmaßstab des Gerichts bei behördlichen Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen vor Augen führt. Denn im Rahmen dieser eingeschränkten Kontrolle hat das Gericht, wie auch Generalanwältin *Ćapeta* in ihren Schlussanträgen feststellt, seine Prüfung darauf zu beschränken, ob die Behörde sorgfältig und unparteiisch alle

<sup>160</sup> Ibid., Rn. 114.

<sup>161</sup> Ibid., Rn. 117, 125.

<sup>162</sup> Ibid., Rn. 118.

<sup>163</sup> Ibid., Rn. 121.

<sup>164</sup> Ibid., Rn. 123.

<sup>165</sup> Ibid., Rn. 121.

<sup>166</sup> Ibid., Rn. 125.

relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls untersucht hat.<sup>167</sup> Mit anderen Worten kontrolliert das Gericht die Einhaltung der behördlichen Sorgfaltspflicht, die sich aus dem Recht auf gute Verwaltung ergibt.

So verdeutlicht der Fall auch den Inhalt des Rechts auf gute Verwaltung. Dieses bietet nicht die Möglichkeit einer gerichtlichen Ergebniskontrolle der behördlichen Entscheidung, wie etwa hier der Frage, welcher Dichtewert des Titandioxids aus wissenschaftlicher Sicht den Berechnungen zugrunde zu legen ist. Lediglich die Frage, ob die Rahmenbedingungen der behördlichen Ermessens- oder Beurteilungsausübung eingehalten wurden, kann unter dem Gesichtspunkt der guten Verwaltung durch das Gericht kontrolliert werden.

In diesem Sinne stellte der Gerichtshof schon in seinem Grundsatzurteil *TU-München* fest, dass die Beachtung von Verfahrensgarantien eine umso größere Rolle spiele, je größer der behördliche Ermessens- oder Beurteilungsspielraum sei.<sup>168</sup> So sei insbesondere sicherzustellen, dass die Behörde das Ermessen im Einklang mit höherrangigem Recht sowie mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie dem Grundsatz der guten Verwaltung ausgeübt hat.<sup>169</sup>

Diese Anforderung ist ihrerseits die logische Konsequenz des eingeschränkten gerichtlichen Kontrollmaßstabs. Denn die Überprüfung der behördlichen Entscheidung auf Ermessensfehler ist nur möglich, wenn erkennbar ist, auf welcher Sachverhaltsbasis die Entscheidung getroffen wurde. So erfüllen die Verfahrensrechte in diesem Zusammenhang eine rechtsstaatlich gebotene Kompensationsfunktion.<sup>170</sup>

##### 5. Fazit: die Krönung der subjektiven Verfahrensrechte?

Die Frage, ob das Recht auf gute Verwaltung als „Krönung“ der subjektiven Verfahrensrechte angesehen werden kann, ist nicht eindeutig zu beantworten.

<sup>167</sup> Schlussanträge der Generalanwältin Tamara ČAPETA v. 6.2.2025, Frankreich/CWS Powder Coatings e. a., C-71/23 P, C-82/23 P, ECLI:EU:C:2025:65, Rn. 88.

<sup>168</sup> Urt. v. 21.11.1991, Hauptzollamt/TU-München, C-269/90, ECLI:EU:C:1991:438, Rn. 14.

<sup>169</sup> Urt. V. 12.2.2025, Volksbank/CRU, T-406/18, ECLI:EU:T:2025:151, Rn. 76.

<sup>170</sup> Vgl. Christian CALLIÈS, Art. 296 AEUV, in: CALLIÈS / RUFFERT (Hrsg.), *EUUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Rn. 33.

Die zu Beginn des Beitrags präsentierte Idealvorstellung des europäischen Bürgerbeauftragten einer offenen, rechenschaftspflichtigen und dienstleistungsorientierten öffentlichen Verwaltung, die ordnungsgemäß, fair und zügig handelt, steht in einem Spannungsverhältnis zu den zahlreichen Anforderungen, die die Rechtsprechung auf Grundlage des Art. 41 GRCh an die Verwaltung stellt.

In dieser Hinsicht erweist sich vor allem das Begründungserfordernis in seinem von der Rechtsprechung entwickelten Umfang als problematisch. Auch beim hohen zeitlichen Druck auf die behördliche Entscheidungsfindung etwa im Rahmen von Krisensituationen, wie am Beispiel der *Ryanair-Urteile* gezeigt,<sup>171</sup> *müssen die Verteidigungsrechte der Parteien gewahrt werden. Das gilt in gleichem Maße für die breit angelegten Anhörungsrechte der von einer Verwaltungsmaßnahme betroffenen Bürger. Fraglich ist, ob unter diesen Anforderungen eine zügige und effiziente Verwaltung noch gewährleistet werden kann.*

Diese Problematik wird weiter verstärkt durch die strenge Handhabung der Fehlerfolgen von Verfahrensverstößen. So ist eine Entscheidung bereits dann aufzuheben, wenn bei einer Nichtbeachtung der Verteidigungsrechte die geringe Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Betroffene sich ohne den Fehler besser hätte verteidigen können.<sup>172</sup> Dass die Behördenentscheidung im Falle der Beachtung der Verteidigungsrechte anders ausgefallen wäre, ist hingegen nicht zu beweisen.<sup>173</sup> Eine nachträgliche Heilung einer unterlassenen Anhörung oder einer unzureichenden Entscheidungsbegründung im Gerichtsprozess ist nach Veröffentlichung der Entscheidung nicht mehr möglich.<sup>174</sup> Damit wird den Verteidigungsrechten eine sehr hohe Stellung eingeräumt und die Gefahr der Aufhebung behördlicher Entscheidungen deutlich erhöht, so dass sich behördliche Verfahren in die Länge zu ziehen drohen.

Eine weitere Gefahr für die Effizienz der Verwaltung liegt auch in dem Transparenzgebot in Verbindung mit der sich aus Art. 41 GRCh er-

<sup>171</sup> Näher Abschnitt 4.1.2.

<sup>172</sup> Urt. v. 7.3.2017, UPS/Kommission, T-194/13, ECLI:EU:T:2017:144, Rn. 210. Siehe auch Abschnitt 3.2., Fn. 52.

<sup>173</sup> Urt. v. 25.10.2011, Solvay/Kommission, C-109/10 P, ECLI:EU:C:2011:686, Rn. 57.

<sup>174</sup> Urt. v. 10.7.2001, Ismeri/Rechnungshof, C-315/99 P, ECLI:EU:C:2001:391, Rn. 31; Urt. v. 22.1.2004, Mattila/Rat u. Kommission, C-353/01 P, ECLI:EU:C:2004:42, Rn. 31 ff.

gebenden Sorgfaltspflicht. An dem Fall *Stevi* zeigt sich der damit einhergehende Umfang der Verpflichtungen der Verwaltung.<sup>175</sup> So muss diese, um den Dokumentenzugang zu ermöglichen, eine umfassende Speicherung der Dokumente veranlassen, die Dokumente herausuchen oder andernfalls ausführlich begründen, warum etwaige Dokumente nicht mehr auffindbar oder in ihrem Besitz sind. Auch mit Blick auf die begrenzten Ressourcen der Verwaltung stellt dies eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar.

Angesichts der subjektiven Ausprägung des Art. 41 GRCh ist festzustellen, dass bei dessen Einführung die symbolische Wirkung einer Kodifikation des Rechts auf eine gute Verwaltung eine gewichtige Rolle spielte. Zwar wurden aufgrund des bereits vor der Einführung des Art. 41 GRCh bestehenden *acquis communautaire* keine neuen Rechtspositionen geschaffen,<sup>176</sup> die Trennung zwischen objektivrechtlichen Festsetzungen und subjektiver Rechtsposition fällt wegen der appellativen Funktion des Art. 41 GRCh allerdings nicht leicht. So wird der Grundsatz guter Verwaltung in der Literatur teilweise als „EU-Verwaltungsanordnung“ oder als „generelle Pflicht“ der Verwaltung charakterisiert,<sup>177</sup> was nicht auf eine starke subjektivrechtliche Ausprägung hindeutet. Die symbolische Wirkung des Art. 41 GRCh trägt dabei insbesondere die Gefahr in sich, dass sie mit großen Worten dem Bürger eine individuelle gute Verwaltung verspricht, was die Norm jedoch nicht in vollem Umfang einhalten kann.<sup>178</sup>

Auf der anderen Seite ist die besondere Gewichtung der Verteidigungsrechte in vielerlei Hinsicht auch begrüßenswert. So lässt sich etwa an dem oben dargestellten Fall *CWS Powder Coatings*<sup>179</sup> die rechtsstaatliche Kompensationsfunktion erkennen, die die verstärkten Anforderungen an die Verfahrensrechte im Falle von behördlichen Ermessens- und Beurteilungsspielräumen darstellen. Nur so wird eine effektive gericht-

<sup>175</sup> Abschnitt 4.3.

<sup>176</sup> Rhita BOUSTA, Who said there is a ‘Right to Good Administration’? A Critical Analysis of Article 41 of the Charter of Fundamental Right of the European Union, in: *European Public Law Review* 19 (2013), 484.

<sup>177</sup> Vgl. Rhita BOUSTA, *ibid.*, 486.

<sup>178</sup> Hans-Werner LAUBINGER, Art. 41 GRCh (Recht auf eine gute Verwaltung) im Lichte des deutschen Verwaltungsrechts, in: *Staat, Verwaltung, Information: Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*, 2011, 659 (682).

<sup>179</sup> Abschnitt 4.4.

liche Kontrolle auf Ermessens- oder Beurteilungsfehler überhaupt möglich.

Auch die zuvor bemängelte symbolische Wirkung des Art. 41 GRCh geht durchaus mit positiven Effekten einher. So zeigt sich etwa im Fall *Pethke*<sup>180</sup> die Bedeutung, die dem Unparteilichkeitsgebot in all seinen Ausprägungen entgegengebracht wird. Für die Außenwirkung der Union ist es dabei unerlässlich, dass ein so zentraler Grundsatz auch Eingang in die Unionsgrundrechte findet.

In der Gesamtschau lässt sich feststellen, dass der Begriff der „Krönung“ subjektiver Verfahrensrechte vor allem angesichts der Vielzahl der praktischen Schwierigkeiten für die Behörde wohl etwas zu hoch gegriffen ist. Aus rechtsstaatlicher Perspektive ist jedoch zu begrüßen, dass sich das Recht auf eine gute Verwaltung zu einem unverzichtbaren Bestandteil des Unionsrechts entwickelt hat.

<sup>180</sup> Abschnitt 4.2.



# BEYOND THE INDIVIDUAL: COLLECTIVE INTERESTS AND PUBLIC GOODS IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS

*Henrik Wenander\**

## 1. Introduction

Discussions on administrative procedure often take as a point of departure the relation between an individual and the public sector.<sup>1</sup> This contribution aims at widening this perspective to the collective interests, beyond the individual. As will be shown, there are some possible developments pointing towards a changed understanding of the idea of the classic confrontation between the individual and the public sector. The main question for this chapter is therefore how administrative law can accommodate collective interests. This question is particularly pertinent in relation to environmental interests and climate change, as illustrated in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Switzerland*<sup>2</sup>. Although this case concerned the scope for taking climate action to a court, it provides an interesting parallel to procedures before administrative bodies.

This is, of course, a potentially very wide-ranging topic, especially given the structural and substantive differences between the arrangements of different legal systems. In administrative law in particular, the ways we understand the relations and conceptualisations of individuals, rights and public actors, differ between legal systems. I will take some examples, primarily from Swedish administrative law, but also from other European legal systems. By taking examples from different systems, I aim for a more general conceptualisation of the administrative law relationships. The focus is thus on the administrative level, but there will occasionally be examples coming from court proceedings where admin-

\* Henrik WENANDER Professor of Public Law, Faculty of Law, Lund University. I would like to thank Professor Wojciech PIĄTEK, Adam Mickiewicz University in Poznań, and Associate Professor Miguel ASSIS RAIMUNDO, University of Lisbon Faculty of Law, for their valuable comments.

<sup>1</sup> See on various aspects of the concept of 'administrative procedure' Javier BARNES, 'Administrative Procedure', in: Peter CANE / Herwig CH HOFMANN / Eric C IP / Peter L LINDSETH (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, OUP 2021, 832 f.

<sup>2</sup> *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* [GC] App no 53600/20, ECHR, 9 April 2024.

istrative decisions are challenged, given the differences between the legal systems. We may here note the existence of administrative tribunals, the procedure of which in some respects take a position between traditional bureaucratic and judicial proceedings.<sup>3</sup>

One important point of departure is the focus on individual decisions, which is a recurrent feature in traditional understandings of administrative procedure law.<sup>4</sup> This is not least the case in Swedish administrative law, where the administrative decision forms the centrepiece of administrative procedure as regulated in the Swedish Administrative Procedure Act.<sup>5</sup>

This is also a subject that relates to the constitutional aspects of the administrative system. In the traditional idea of separation of powers building on Montesquieu and subsequent thinkers, the distinction between the executive and the legislative would seem to have a dimension of distinguishing between individual and collective interests. This is also the case for systems with strong elements of a 'division of functions', such as the Swedish Constitution.<sup>6</sup> Whereas it could be argued that the core of the concept of legislation is that it should be generally applicable, administrative decisions in the traditional understanding typically relate to individuals. Here the constitutional point of departure reflects the traditional view in administrative law.

There are examples blurring the lines between general and individual decisions in the separation of powers. For example, the Danish Constitution explicitly provides for decisions on naturalisation, that is citizenship for immigrants, to be taken by the Folketing (the Danish Parliament) in the form of an Act of Law.<sup>7</sup> Furthermore, there are situations of uncer-

<sup>3</sup> Javier BARNES, 'Towards a Contemporary Understanding of Administrative Procedure', in: Zbigniew KMIECZIAK (ed.), *Contemporary Concepts of Administrative Procedure*, University of Łódź 2023, 31, fn 42.

<sup>4</sup> Cf BARNES (n 1) 845.

<sup>5</sup> Henrik WENANDER, 'Administrative Law', in: Michael BOGDAN / Christoffer WONG (eds.), *Swedish Legal System*, 2<sup>nd</sup> edn, Norstedts Juridik 2022, 64; cf Administrative Procedure Act 2017 (Förvaltningslag, 2017:900), s 1.

<sup>6</sup> See on the Swedish constitutional model Jacques ZILLER, '§ 87 Verwaltungsorganisation', in: Armin VON BOGDANDY / Sabino CASSESE / Peter M HUBER (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band V: Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge*, CF Müller 2014, para 28.

<sup>7</sup> Constitutional Act of Denmark 1953 (Danmarks Riges Grundlov), art 44(1). Although the Danish courts cannot review the decision on naturalisation as such, the Supreme Court has held that the courts can assess whether a decision causes a violation of

tainty as to the distinction between generally applicable rules and individual administrative decisions when executive bodies use the delegated power to adopt decisions aiming at a wider group. In Swedish law, this distinction is made by assessing the addressees and how generally phrased the decision is, as well as its temporal and geographical scope.<sup>8</sup>

Furthermore, the concept of the state or public sector is not always clear. In the various national systems, there is a wide array of public actors, ranging from the Executive in the form of governmental agencies or authorities, over more independent agencies, to private bodies or individuals entrusted with public tasks. Then of course we also have local or regional government, and even federal structures to consider.

Against this background, the following account discusses how the collective interests may be taken into account in various administrative constellations. As will be seen, the problem is very much related to the organisation and the formal roles in the administrative procedure applicable. Below, I identify seven categories, representing typical constellations.

## 2. *Individuals Acting upon their Personal Interests (Category I)*

As a first category, there are situations where an individual turns to the administration applying for a decision that is favourable towards him or her. We could think of permits for a certain activity, licenses to conduct a business, or financial benefits within the sphere of social welfare law. Under Swedish law, and in many other legal systems, the applicants must fulfil requirements of standing, that is, applicants must indicate that they are somehow affected, that they have some interest in a desired decision. Not everyone can apply for everything. This limitation means that

Denmark's obligations under international law, and also decide on possible compensation for the individual, Case U.2013.3328H; Helle KRUNKE / Trine BAUMBACH, 'The Role of the Danish Constitution in European and Transnational Governance', in: Anneli ALBI / Samo BARDUTZKY (eds.), *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Springer 2019, 310.

<sup>8</sup> A leading case in Swedish law is HFD 2016 ref. 59, where the Supreme Administrative Court held that the National Grid's division of Sweden into sectors for electricity trade was not an individual administrative decision, but a normative decision, that is a kind of delegated general norm.

a general interest, the common good, is not enough to establish the right to initiate a procedure before an administrative authority.

In this typical model, there is no counterpart in the administrative authority first deciding on the matter. We may call it a single-party procedure.<sup>9</sup> It is for the authority to assess the case under the relevant legislation and, if necessary, consider the collective interests expressed in that legislation. In this way, the relevant authority would need to consider the risk of environmental damage when deciding whether to issue a building permit, or the risk of public disorder when deciding on a permit to serve alcohol in a restaurant. The authority may also request statements from other authorities or from individuals through consultation – but this does not necessarily give these other authorities or individuals any legal position in the administrative proceedings.<sup>10</sup> A central principle here is the duty of care. In EU administrative law, this duty is seen as a part of the principle of good administration enshrined in Article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.<sup>11</sup> The focus of the Charter, as indeed all human rights and administrative law documents, is of course to protect the interest of the individual, not the collective interests.

It is possible that several individuals share the same interests and file a joint application. It is still, conceptually speaking, possible to categorise such situations as falling within this main category, although we now deal with several individual claims.

### 3. *Individuals Acting on behalf of the General (Collective) Interest (Category II)*

A second model is to let any member of the public take administrative action on behalf of the general interest. In relation to court procedure, this is often labelled *actio popularis*. Sometimes, a distinction is made between the general interest and the collective interest, with only the former being seen as a basis for *actio popularis*.<sup>12</sup> Since there is a problem of

<sup>9</sup> Cf. on Swedish law Hans RAGNEMALM, *Administrative Justice in Sweden*, Juristförlaget 1991, 159.

<sup>10</sup> Cf in Swedish law Administrative Procedure Act 2017, s 26.

<sup>11</sup> Paul CRAIG, 'Article 41', in: Steve PEERS et al. (eds.) *EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart/Beck 2021, para 41.24 ff.

<sup>12</sup> Mariolina ELIANTONIO et al, *Standing up for your right(s) in Europe. A Comparative*

distinguishing between general and collective interests in public law, the following discussion will use the terms *actio popularis* in connection with collective interests, such as environmental protection, in administrative procedure.

Given the constitutional division of functions and separation of powers mentioned above, it comes as no surprise that this kind of arrangement often is met with scepticism. According to the European Court of Human Rights in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland*, '[t]he Convention does not provide for the institution of an *actio popularis*. [...] a person, non-governmental organisation or group of individuals must be able to claim to be a victim of a violation of the rights set forth in the Convention.'<sup>13</sup> This statement relates to rights of standing before a court but would seem to apply *a fortiori* to administrative proceedings. Also under EU Law, there have been similar statements. Advocate General Cosmas in *Greenpeace* quite simply concluded that 'the Community legal order does not recognize an *actio popularis* [...] in environmental matters'.<sup>14</sup>

Also under national law, there is a reluctant attitude to *actio popularis* mechanisms in courts.<sup>15</sup> It may be assumed that this scepticism would extend to standing when it comes to take the initiative to administrative procedures. Nevertheless, as was noted by Advocate General Cosmas in *Greenpeace*, there are examples of *actio popularis* in Portuguese and Spanish constitutional law, relating to the citizens' right to the environment.<sup>16</sup> Swedish general administrative law shares the scepticism towards

*study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts*, European Parliament 2012, 60.

<sup>13</sup> *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, App no 53600/20, 9 April 2024, para 460.

<sup>14</sup> AG Cosmas in C321/95 P *Stichting Greenpeace (Greenpeace International) and Others v Commission*, EU:C:1997:421 para 53.

<sup>15</sup> According to *Eliantonio et al* (n 12) 60 Belgian law, with some exceptions, prohibits actions before courts to collectively defend the public interest, and in a similar way the laws of England and Wales, France, Germany, Hungary, Italy, the Netherlands, Poland, and Turkey are reluctant to allow for public interest litigation; see also on Polish law Bożena POPOWSKA / Piotr LISSOŃ, 'Verwaltungsgerichtsbarkeit in Polen', in: Armin VON BOGDANDY / Peter M HUBER / Lena MARCUSSON (eds.), *Ius Publicum Europaeum. Band VIII Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, CF Müller 2019, para 73.

<sup>16</sup> AG Cosmas in C321/95 *Greenpeace* (n 14) para 53 fn 43 with reference to the Spanish Constitution, art 45, and Portuguese Constitution, art 46. Now a right to the

*actio popularis*.<sup>17</sup> It should, however, be added that there is a specific mechanism in Swedish law that sometimes is described as an *actio popularis*, viz the right for any member of a municipality to require the assessment of legality of certain decisions by the municipality or region under the Local Government Act 2017.<sup>18</sup>

#### 4. *The State Acting on behalf of the Collective Interest (Category III)*

As a third category, the state may act as the guardian of collective interests by taking the initiative to administrative proceedings to take measures that are burdensome to an individual, such as injunctions or prohibitions. The responsible authority then turns to the individual with compulsory measures: to demolish a building, to stop a certain business that provides hazards for environment or public health. This kind of measures clearly focuses on the general interest, and the legislation provides for coercive measures such as administrative fines. The individual may here have the right to a publicly funded legal counsel before the administrative authority.

In some legal systems, the legal rules establish a system where the responsible administrative authority needs to turn to a court, rather than deciding itself. In Swedish law, this is the case when it comes to compulsory care of young persons, substance abusers, or persons suffering from a serious mental disturbance.<sup>19</sup> In certain legal systems, this kind of

environment is enshrined in the Portuguese Constitution, as amended in 2005, art 66, and an explicit right of *actio popularis* is laid down in art 52(3) 'in order to: a) Promote the prevention, cessation or judicial prosecution of offences against public health, consumer rights, the quality of life or the preservation of the environment and the cultural heritage; b) Safeguard the property of the state, the autonomous regions and local authorities' (English translation from <[www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/Constitution7th.pdf](http://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/Constitution7th.pdf)>, accessed 5 September 2025).

<sup>17</sup> RAGNEMALM (n 9) 221, states that 'Actio popularis is unknown to Swedish law', in the context of a discussion on *locus standi* for challenging administrative decisions in court.

<sup>18</sup> Lena MARCUSSON, 'Verwaltungsgerichtsbarkeit in Schweden', in: Armin VON BOGDANDY / Peter M HUBER / Lena MARCUSSON (eds.), *Ius Publicum Europaeum. Band VIII Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, CF Müller 2019, para 91; cf Local Government Act 2017 (Kommunallag, 2017:725), ch 13 s 1.

<sup>19</sup> MARCUSSON (n 18) para 96.

mechanism would not seem to be an option, given that the administrative courts may only hear cases on the initiative of the individual.<sup>20</sup>

As a special sub-category of the administrative bodies taking the initiative in the collective interest, we can also note the important type of decisions relating to generally applicable rules, that is a form of delegated rulemaking by administrative bodies.<sup>21</sup> This form of rulemaking decisions are widely used in Swedish law.<sup>22</sup> Contrastingly, the neighbouring, and otherwise very similar, legal system of Finland is clearly more limited in its use of administrative general norms.<sup>23</sup> This kind of administrative rule-making poses problems for the collective interests when it comes to involving the public in the decision-making. US federal administrative law provides an interesting solution here through the notice and comment procedure laid down in the Administrative Procedure Act 1946.<sup>24</sup>

##### 5. *Multiple-Party Administrative Procedures (Category IV)*

Sometimes, as a fourth category, administrative procedures involve several private parties on different sides. This poses special challenges to the administrative procedure and the protection of collective interests. We can think of the systems for public procurement, where several private parties submit tenders, or situations of compulsory care for children, where both the child, represented by a litigation guardian, and its parents or guardians are involved.<sup>25</sup> Here, we approach fields that are close to private law, and in some legal systems handle these situations, entirely or in part, outside of the administrative system, in the general courts.

Also here, it is for the deciding authority to consider the collective

<sup>20</sup> Cf in Polish law POPOWSKA and LISSOŃ (n 15) para 75 f.

<sup>21</sup> BARNES (n 1) 846.

<sup>22</sup> Cf Instrument of Government 1974, ch 8 arts 10 and 11; Joakim NERGELIUS, *Constitutional Law in Sweden*, 2<sup>nd</sup> edn, Wolters Kluwer 2015, 28.

<sup>23</sup> Constitution of Finland 1999, art 80; Outi SUVIRANTA, 'The Rule-Making Powers of Independent Administrative Agencies in Finland' in Erkki J HOLLO, ed, *Finnish Legal System and Recent Development*, Edita 2006, 202 f.

<sup>24</sup> Administrative Procedure Act 1946, 5 U.S.C. § 553; Catherine DONNELLY, 'Participation and expertise: judicial attitudes in comparative perspective', in: Susan ROSE-ACKERMAN / Peter L LINDSETH / Blake EMERSON (eds.), *Comparative Administrative Law*, 2<sup>nd</sup> edn, Elgar 2021, 371 f.

<sup>25</sup> Cf in Swedish law MARCUSSON (n 18) para 96; Rune LAVIN, *Förvaltningsprocessrätt*, 5<sup>th</sup> edn, Norstedts Juridik 2023, 62.

interests, as expressed in the applicable legislation, beyond the interested parties.

#### 6. *Public representatives in Administrative Proceedings (Category V)*

A fifth possibility is to have a public official guarding a special collective interest in the administrative proceedings, acting as a counterpart to the individual party. This model is perhaps more suitable for the stage where an administrative decision is challenged before an administrative court or tribunal, but it is worth mentioning this possibility also on the administrative authority level.

As an example, Swedish law provides for so-called public representatives (*allmänna ombud*) in the fields of social insurance, tax, and customs procedures, who have the task of appealing decisions in the interest of creating case-law.<sup>26</sup> The reason behind this arrangement is that if for example the Social Insurance Agency decides that a person is entitled to a certain benefit, there is no one who may appeal this decision, and the matter may therefore not reach a court that can establish case-law on the interpretation of the applicable legislation. Through the public representative, there is a body that may appeal a beneficial decision in the public interest and take the case to court. In some other legal systems, the public prosecution service has the role of representing certain public interests in administrative procedures and ensuing court procedures.

#### 7. *A Special Position for Interest Groups (Category VI)*

Very relevant for the question of collective interests in administrative procedure is of course the possibility for interest groups to act. This sixth category is especially well developed in environmental law. Under the Aarhus Convention, introduced in EU Law through Directive 2003/35/EC, the public has a right of access to information, public participation, and access to justice in the form of a right of review by a court in environmental matters.<sup>27</sup> In *Djurgården – Lilla Värtan* the CJEU held that

<sup>26</sup> MARCUSSON (n 18) para 117.

<sup>27</sup> Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Ma-

Swedish rules limiting access to courts for environmental organisations not having a certain number of members violated these rights.<sup>28</sup> So, very briefly, the Aarhus Convention in connection with EU Law, gives environmental organisations as such the right to get involved in administrative proceedings on environmental matters and a right to challenge decisions. Also in situations that would seem to fall outside the scope of EU Law, the Swedish Supreme Administrative Court has held that the Aarhus Convention implies a right for environmental organisations to be involved in the procedure.<sup>29</sup> This comes close to a form of *actio popularis* but still requires the existence of an organisation (cf the German ‘Verbandsklage’). In this way, environmental interest groups are put in a favourable position as opposed to the default position of requiring a personal interest to act before an authority.

#### 8. *Awarding Rights to Collective Interests and Public Goods as such (Category VII)*

As has been discussed extensively during the last few years, some jurisdictions have awarded legal personhood and rights to collective interests as such, more specifically different parts of nature. In this way, New Zealandic law has awarded the river Whanganui certain rights.<sup>30</sup> Another example is found in the Constitution of Ecuador 2008, which awards rights to ‘Nature or Pacha Mama’.<sup>31</sup> In June 2025, the Conseil de Paris asked the French Parliament to adopt legislation giving legal personhood to the Seine.<sup>32</sup>

king and Access to Justice in Environmental Matters, Aarhus, 25 June 1998; Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC.

<sup>28</sup> C-263/08 *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening mot Stockholms kommun genom dess marknämnd*, ECLI:EU:C:2009:631.

<sup>29</sup> HFD 2018 ref 10 II, HFD 2008 ref 7; Ulrik VON ESSEN, *Förvaltningsrättens grunder*, 6<sup>th</sup> edn, Norstedts Juridik 2024, 308.

<sup>30</sup> New Zealand Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, <<https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/DLM6830851.html>> accessed 22 September 2025.

<sup>31</sup> Constitution of Ecuador 2008, arts. 71 and 72.

<sup>32</sup> Le Monde 4 June 2025 <[www.lemonde.fr/planete/article/2025/06/04/](http://www.lemonde.fr/planete/article/2025/06/04/)>

This discussion on legal rights for nature has, as far as I know, for the most part taken place on a fairly high level of abstraction, relating to constitutional protection and philosophical discussions on the role of mankind in relation to nature. To my understanding, the impact of such decisions on administrative procedure and administrative court procedure is uncertain and needs to be discussed more deeply from an administrative law perspective, beyond the symbolic power. Clearly, there needs to be someone speaking for the interests of ‘nature’ under such arrangements.<sup>33</sup> The practical difference between giving this role to an administrative authority or to consider that someone represents the river, mountain, etc as such may not be big.

## 9. Conclusion

As the overview above has shown, there are several possible solutions on how to safeguard collective interests in the administrative procedure. As we have seen, already the traditional models of administrative procedure, regardless of whether they are initiated by the individual or the State in some form, involve considering collective interests and public goods as part of the application of legislation. This is also the case in multi-party proceedings. The collective interests may also be taken into account by consultations of public or private actors, including interest groups.

It is also possible, following the example of the Aarhus Convention, to award special rights of involvement or standing for organisations. However, this kind of development involves the risk of blurring the lines between individual decision making and procedures for general legislation. As we have seen, however, this line is already blurred, given the use, in at least some jurisdictions, of administrative rulemaking.

The awarding of procedural rights to interest organisations in practice would seem to come close to awarding rights to the collective interests as such, for example to nature, or a river or a lake. As noted above, such an arrangement would need to point at some person or some legal entity to

paris-veut-doter-la-seine-d-une-personnalite-juridique-pour-mieux-protger-le-fleuve\_6610529\_3244.html>, accessed 22 September 2025.

<sup>33</sup> Cf Te Awa Tupua Act 2017 (n 30), ss 19 and 20 on ‘the office of Te Pou Tupua’, responsible to speak for the river, and the appointments to this body.

assume the role of a legal representative for 'nature'. We would then end up having either an administrative authority or a private interest group defending this interest, and maybe we have then not gained so much but possibly created more confusion. It could be advisable to try to include protection of nature and other collective interests into the existing forms, of course also by taking these interests into account in legislation.

The traditional ways of taking collective interests into account in administrative procedure would, as a matter of general administrative law, seem to be sufficient to fulfil the more general interests. As with other aspects of administrative procedure, there needs to be legal remedies in the form of court adjudication or scrutiny by Ombudsman institutions or similar to make sure such mechanisms work in practice.



HAT SICH DER VERWALTUNGSAKT ALS DREH-  
UND ANGELPUNKT DES VERWALTUNGSVERFAHRENS ÜBERLEBT?

HAS THE ADMINISTRATIVE ACT OUTLIVED ITS USEFULNESS  
AS THE CENTREPIECE OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE?

L'ACTE ADMINISTRATIF A-T-IL SURVÉCU EN TANT QUE PIVOT  
DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE ?



## LE CHEMIN EST LE BUT. PROCEDURE VS. RESULTAT

*Delphine Costa\**

“Qu’importe le flacon, pourvu qu’on ait l’ivresse”. C’est en ces termes que le poète français Alfred DE MUSSET écrivait à un ami, en 1831, évoquant le sentiment amoureux<sup>1</sup>. De ce sentiment il ne sera pas présentement question, mais l’idée générale est néanmoins présente. La question qui se pose à nous est, en effet, la suivante: en un siècle, les principes généraux de la procédure administrative sont-ils restés l’armature principale de l’acte administratif ou bien ont-ils été supplantés par l’impérieuse nécessité d’assurer la continuité de l’action administrative, dans des domaines de plus en plus nombreux et complexes, comme l’urbanisme, l’environnement, le développement des réseaux de télécommunication ou d’énergie? En somme, qu’est-ce qui compte le plus pour l’autorité administrative: respecter les principes de la procédure administrative tels qu’ils ont été établis depuis cent ans ou bien aboutir à un résultat légitime, pertinent et opérationnel dans des délais toujours plus contraints? Pour répondre à cette question, nous avons une boussole qui réside dans le contrôle qu’opère l’administration ou le juge à l’égard des actes administratifs: si l’une ou l’autre censure les violations procédurales, alors la procédure l’emporte sur le résultat, mais si l’acte est sauvé au mépris d’une illégalité procédurale, alors le résultat gagne sur la procédure.

Pour les besoins de la démonstration, plusieurs précautions doivent être prises.

Déjà, le droit administratif français servira de référentiel, non seulement parce qu’il est davantage connu, par l’auteur de ces lignes, que les autres systèmes juridiques européens, mais aussi parce qu’il est assez caractéristique. En effet, la codification de la procédure administrative a été tardive dans le système français, contrairement à ce qu’il en a été ail-

\* Delphine COSTA est professeure de droit public à Aix-Marseille Université, à la Faculté de droit et de science politique d’Aix-en-Provence, au Centre de recherches administratives (CRA). Des remerciements sont adressés aux organisateurs du Congrès de la SIPE, particulièrement Diana-Urania GALETTA, Herbert KÜPPER, Attila VINCZE et Ewald WIEDERIN.

<sup>1</sup> Alfred DE MUSSET, *La coupe et les lèvres*, 1831, Dédicace (extraits): “L’amour est tout, – l’amour, et la vie au soleil. Aimer est le grand point, qu’importe la maîtresse ? Qu’importe le flacon, pourvu qu’on ait l’ivresse?”

leurs<sup>2</sup>; c'est pourquoi il est probable que la balance penche plus en faveur du résultat que de la procédure dans un système où cette dernière a été formalisée tardivement. Il n'en reste pas moins que des illustrations tirées des systèmes étrangers pourront, ici et là, éclairer les propos.

Ensuite, deux domaines seront présentés plus particulièrement car ils manifestent de manière exemplaire la volonté de l'autorité administrative de faire primer le résultat sur la procédure: ce sont l'urbanisme et l'environnement. D'évidence, d'autres domaines pourront nourrir la réflexion, comme le droit des données personnelles, les biens culturels, la commande publique... En outre, certains de ces domaines subissent plus ou moins l'influence du droit de l'Union européenne.

Enfin, la dernière précaution consiste à rappeler quels sont les protagonistes en cause: si dans la relation administrative, on oppose traditionnellement l'individu à l'autorité administrative, d'autres acteurs s'y insèrent de manière active, comme les associations – notamment de défense de l'environnement – ou les entreprises, par exemple des promoteurs immobiliers, des fournisseurs d'énergie ou d'internet. Les logiques des uns et des autres sont antinomiques: intérêt général pour l'administration, intérêts particuliers pour les individus (liberté d'aller et venir, droit de propriété, droit au respect de la vie privée...), intérêt public spécifique pour les associations, intérêts financiers pour les sociétés privées... Les intérêts des uns et des autres étant divergents, tous ne s'attachent pas nécessairement au résultat poursuivi par l'administration et militent plutôt pour le respect des principes procéduraux qui garantissent leurs intérêts spécifiques.

Ces précautions étant prises, nous pouvons constater que face à des procédures toujours plus complexes (1), le résultat que représente l'acte administratif est toujours plus favorisé (2).

### 1. *Des procédures toujours plus complexes*

La procédure administrative se caractérise par des principes généraux qui se retrouvent dans tous les systèmes juridiques européens, y compris du reste en droit administratif européen. Ainsi, l'article 41 de

<sup>2</sup> Felix UHLMANN (ed.), *Codification of Administrative Law. A Comparative Study on the Sources of Administrative Law*, Hart, 2023.

la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame le "droit à une bonne administration" de la part des institutions et organes de l'Union, qui se caractérise par plusieurs principes communs aux procédures administratives des États membres de l'Union. Parmi ces principes figurent: l'impartialité, l'équité et/ou l'égalité, le délai raisonnable de l'action administrative, le droit pour un administré d'être entendu avant une mesure individuelle et d'accéder à son dossier, l'obligation pour l'autorité administrative de motiver ses décisions, la réparation des dommages causés par l'action administrative.

Chaque système national présente ses spécificités. Ainsi, le droit administratif français est attaché aux principes de légalité, de neutralité, de laïcité et de proportionnalité en plus des principes que nous avons énoncés<sup>3</sup>. En outre, en droit français, les autorités administratives ne doivent motiver que certains actes administratifs individuels, seulement ceux qui sont défavorables ou dérogatoires<sup>4</sup>, ce qui distingue le système français de la plupart des systèmes européens, à commencer par le système allemand<sup>5</sup>, ou encore du droit belge, qui distingue de manière féconde motivation matérielle et formelle<sup>6</sup>.

Non seulement les principes généraux de la procédure administrative sont traditionnellement assez bien circonscrits, mais, en outre, les procédures d'adoption des actes administratifs sont plutôt uniformes. Deux situations se rencontrent généralement: d'un côté, une initiative de l'autorité administrative, qui doit néanmoins permettre à l'administré de

<sup>3</sup> Art. L. 100-2 du Code des relations entre le public et l'administration: "L'administration agit dans l'intérêt général et respecte le principe de légalité. Elle est tenue à l'obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité. Elle se conforme au principe d'égalité et garantit à chacun un traitement impartial."

<sup>4</sup> Art. L. 211-2 et 3 du Code des relations entre le public et l'administration; art. L. 211-5: "La motivation exigée par le présent chapitre doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision."

<sup>5</sup> *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, § 39: "Ein schriftlicher oder elektronischer sowie ein schriftlich oder elektronisch bestätigter Verwaltungsakt ist mit einer Begründung zu versehen. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewegen haben. [...]" (Loi fédérale sur la procédure administrative, 25 mai 1976, § 39: "Un acte administratif, écrit ou électronique, ainsi qu'une confirmation écrite ou électronique doivent être accompagnés d'une motivation. La motivation indique les principaux motifs de fait et de droit qui ont conduit l'autorité à prendre sa décision.")

<sup>6</sup> Steven VAN GARSSE, Yseult MARIQUE, La motivation des actes administratifs en droit belge, in: *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 17/2019, mis en ligne le 06 février 2021, consulté le 25 juin 2025.

faire valoir ses droits; d'un autre côté, une sollicitation d'un administré à laquelle l'autorité administrative doit répondre, dans ce même respect des droits et dans un délai raisonnable. Les formalités administratives dépendent certes d'un système ou d'un autre, mais le plus souvent, un acte doit mentionner son auteur et préciser la date et le lieu de l'adoption.

Or, avec le temps, les administrations européennes se sont trouvées confrontées à deux phénomènes: d'une part, des actes et des procédures qui se multiplient et se diversifient; d'autre part, des principes sectoriels qui s'ajoutent ou concurrencent les principes généraux.

### *1.1. Hétérogénéité des actes et des procédures*

Les actes adoptés par les autorités administratives se multiplient, tant est et si bien qu'il est difficile d'en dresser l'inventaire. De plus, les procédures pour les édicter se sont elles-mêmes diversifiées, en se complexifiant.

#### *1.1.1. Des actes administratifs de plus en plus nombreux*

Une précision préalable est à nouveau nécessaire: le droit administratif français a une envergure importante puisqu'il recouvre à la fois les actes administratifs individuels et réglementaires<sup>7</sup>, mais aussi les actes unilatéraux et contractuels. Certaines illustrations tiendront compte de cette précision, mais tâcheront néanmoins, le plus souvent, de s'en tenir aux actes administratifs individuels de façon à pouvoir conduire des comparaisons avec les autres systèmes juridiques européens.

Plusieurs catégories d'actes administratifs individuels existent<sup>8</sup>, en dépit de la variété de leur dénomination<sup>9</sup>: certains consistent en une au-

<sup>7</sup> Les textes qui régissent la procédure administrative – codes, lois générales, etc... – ne traitent pas nécessairement des actes réglementaires. Le droit français rejoint le droit des États-Unis d'Amérique ou encore le droit espagnol, car tous consacrent des dispositions aux actes réglementaires, le droit américain distinguant notamment entre les procédures d'*adjudication* et de *rule-making*. Dominique CUSTOS, L'Administrative Procedure Act des États-Unis d'Amérique, un exemple de Codification de la Procédure Administrative, in: Marc BLANQUET / Grégory KALFLÈCHE, *La codification de la procédure administrative non contentieuse en Europe*, Cahiers Jean Monnet n° 4, Presses Universitaires de Toulouse 1 Capitole, 2020, 37.

<sup>8</sup> Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexisnexis, 5<sup>ème</sup> éd., 2024, n° 747, p. 1072.

<sup>9</sup> Benoît PLESSIX, précité, n° 736, p. 1058.

torisation, de construire, d'émettre sur les ondes, d'installer une activité, comme une installation dangereuse pour l'environnement mais aussi une pharmacie, de produire un médicament... Ces autorisations peuvent être analysées comme autant d'habilitations positives pour les personnes concernées à agir conformément à la légalité administrative. Certains autres actes administratifs présentent, au contraire, un caractère négatif, qui consiste à sanctionner un comportement, par exemple d'un fonctionnaire ou d'un usager d'un service public, ou qui assure au nom de l'ordre public et de la sécurité publique la restriction de libertés fondamentales telles que la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre, etc... L'acte négatif peut aussi "défaire" un acte positif: retrait d'une autorisation, suspension d'une subvention...

Les réalités économiques et les préoccupations sociétales ayant évolué, les actes administratifs en ont été bouleversés, qu'ils soient internes à l'administration ou externes.

Du point de vue interne, les circulaires, instructions, notes de services, schémas se sont multipliés. Or la plupart de ces "documents internes" n'obéissent pas à une procédure formalisée, ce qui en rend difficile à la fois l'identification et la contestation<sup>10</sup>. Le développement du *soft law* présente précisément l'avantage d'échapper au formalisme administratif tout en ayant un but à atteindre, notamment au sein des administrations publiques.

Du point de vue externe, le phénomène inverse peut être relevé: les actes se sont développés, avec des procédures correspondantes toujours plus denses. Avant de mentionner ces dernières, deux exemples peuvent être donnés en droit français: l'autorisation administrative d'exploitation commerciale qui permet de créer ou d'étendre une moyenne ou grande surface commerciale, couplée ou pas à un permis de construire ou d'aménager<sup>11</sup>; l'autorisation environnementale unique qui concerne les installations classées du fait du péril qu'elles font courir à l'environnement ou encore toutes les activités relevant de la loi sur l'eau<sup>12</sup>. Ces actes sont très spécifiques car ils concernent des domaines particuliers et ont des

<sup>10</sup> Delphine COSTA (dir.), Droit souple : quelle place pour les "normes molles" en droit administratif?, in: *Annuaire européen d'administration publique*, tome 44, PUAM, 2021.

<sup>11</sup> Art. L. 750-1 et s., R. 751-1 et s. du code de commerce.

<sup>12</sup> Loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables; loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie; décret n°

répercussions importantes pour l'emploi, la destination des sols, la biodiversité...

Décrire l'acte administratif comme un acte juridique manifestant la volonté d'une autorité administrative est une schématisation qui ne résiste donc pas à l'épreuve de la multiplication des actes administratifs et de leur diversification. Tel est aussi le cas des procédures pour les adopter.

### *1.1.2. Des procédures de plus en plus complexes*

Les actes administratifs se multipliant, les procédures qui en permettent l'adoption aussi. Et, en se multipliant, elles se complexifient. Dorénavant, beaucoup d'actes administratifs doivent faire l'objet d'une instruction préalable par une commission spécialisée. Trois illustrations seront données en droit français, mais sans doute retrouve-t-on des procédures équivalentes ailleurs, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne.

En matière environnementale, une loi de 1976, relayée ensuite par le droit européen et le droit international, a imposé préalablement à la réalisation de certains travaux la réalisation d'études d'impact environnemental (et parfois social)<sup>13</sup>. Une telle étude d'impact doit être confiée à un bureau d'études indépendant et jointe à la demande d'autorisation d'exploiter une centrale solaire, des éoliennes, une unité de méthanisation<sup>14</sup>... Lorsque de tels travaux sont le fait de collectivités publiques, celles-ci doivent procéder à une enquête publique, qui consiste à demander aux citoyens concernés leur avis sur un projet d'aménagement qui a des conséquences sur l'environnement, dans le respect du principe de participation qui sera évoqué ultérieurement<sup>15</sup>.

2024-742 du 6 juillet 2024 portant diverses dispositions d'application de la loi industrie verte et de simplification en matière d'environnement.

<sup>13</sup> Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, JORF 13 juillet 1976; v. depuis loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement; Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

<sup>14</sup> ADEME (Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie), La méthanisation en 10 questions, sept. 2023 ([https://bibliothèque.ademe.fr/index.php?controller=attachment&id\\_attachment=5805&preview](https://bibliothèque.ademe.fr/index.php?controller=attachment&id_attachment=5805&preview), consulté le 24 juin 2025).

<sup>15</sup> Art. L. 123-1 et s., R. 123-1 et s. du code de l'environnement.

En matière d'aménagement commercial, les autorisations spécifiques sont délivrées après instruction par une commission départementale d'aménagement commercial. Du reste, si le pétitionnaire n'obtient pas satisfaction, il peut présenter un recours devant la Commission nationale: la saisine de la Commission nationale est obligatoire pour qui veut ensuite exercer une contestation devant les juridictions administratives<sup>16</sup>.

En matière de biens culturels, la demande d'inscription ou de classement d'une propriété privée au titre des monuments historiques, qui peut émaner du propriétaire, mais aussi d'une association ou d'une collectivité publique, voire du ministère de la culture, sera communiquée aux services de la préfecture, auprès de la direction régionale des affaires culturelles, et instruite par la commission régionale de l'architecture et du patrimoine, voire la commission nationale, pour avis délivré au préfet ou au ministre<sup>17</sup>. Cette procédure peut se cumuler avec une expropriation pour cause d'utilité publique si c'est la seule solution que trouve une autorité administrative pour protéger un monument historique<sup>18</sup>.

Par ailleurs, les procédures administratives sont généralement dématérialisées empruntant les facilités de la voie numérique ; mais, en dépit de la simplification que semble opérer la digitalisation de l'action administrative, ces procédures sont toujours plus nombreuses et complexes, avec pour conséquence qu'un simple citoyen aura toutes les difficultés à se montrer diligent, tandis que les entreprises et les collectivités publiques auront intérêt à obtenir des conseils juridiques pour les respecter.

## *1.2. Des principes sectoriels concurrents*

À mesure que l'action administrative s'est développée dans des secteurs toujours plus importants, de nouveaux principes, sectoriels, sont apparus.

### *1.2.1. Des secteurs diversifiés*

Le phénomène n'est pas nouveau, mais il n'est pas rare de constater que les législations relatives à la procédure administrative générale

<sup>16</sup> Art. 752-17 et s. et R. 751-1 et s. du code de commerce.

<sup>17</sup> Art. L. 611-1 et s. et R. 611-1 du code du patrimoine.

<sup>18</sup> Art. L. 621-13 et L. 621-18 et s. du code du patrimoine.

sont supplantées par des législations concurrentes, qui concernent soit un niveau d'administration infra-territorial (Länder, régions...), soit un domaine d'activité particulier.

L'action administrative se déploie désormais dans tous les pans de la société. D'ailleurs, cela se remarque au niveau des États membres mais aussi de l'Union européenne elle-même. Sont touchés aussi bien le droit de la commande publique que le droit de l'environnement, le droit des données personnelles, le droit des propriétés publiques, le droit des réseaux d'énergie et de télécommunications, en plus des domaines traditionnels, comme l'aménagement et l'urbanisme, la sécurité publique, la santé publique, l'éducation, l'enseignement et la culture ou encore la fonction publique...

Or les intérêts publics concernés peuvent entrer en collision les uns avec les autres alors qu'il faut pouvoir les concilier entre eux : il faut en même temps développer les énergies renouvelables et protéger le paysage et la biodiversité. Curieusement, la multiplication des éoliennes sur le territoire français donne lieu à des contestations sociétales nombreuses, alors qu'elle répond à un impératif écologique au même titre que les intérêts au nom desquels les contestations sont entreprises<sup>19</sup>.

Par ailleurs, les procédures se multipliant, de nouveaux principes émergent, qui s'ajustent aux actes administratifs auxquels elles sont destinées. De nouveau, des principes sectoriels sont alors susceptibles de concurrencer les principes généraux de la procédure administrative.

### *1.2.2. Des principes démultipliés dans ces divers secteurs*

Quelques illustrations permettront de mettre en lumière les principes spécialement dédiés à certains domaines de l'action administrative.

En droit de la commande publique, régie majoritairement par le droit de l'Union européenne, les principes cardinaux sont: liberté, égalité, transparence<sup>20</sup>. Ces principes s'inscrivent dans des objectifs d'efficacité

<sup>19</sup> Norbert FOULQUIER, L'attractivité du contentieux des éoliennes, acte 2, note sous CE, 25 octobre 2024, n° 489922, in: *Act. jur. dr. adm.* 2025, 403.

<sup>20</sup> Art. L. 3 du code de la commande publique: "Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utiliza-

et de bonne utilisation des deniers publics. Or ce sont ces principes qui président aux procédures de passation des marchés publics et concessions; bien que ces derniers ne soient pas toujours rangés au sein des actes administratifs dans les systèmes juridiques européens, la spécificité des principes qui les gouvernent est néanmoins exemplaire. Du reste, le droit des réseaux obéit pareillement à ces principes, qui dérivent plus largement d'une concurrence saine au sein du marché intérieur.

En droit des données personnelles, en vertu du Règlement général sur la protection des données, plusieurs principes coexistent dont certains sont communs aux principes généraux de la procédure administrative et d'autres nouveaux<sup>21</sup>. En effet, la transparence, comme la sécurité, la continuité ou le libre accès aux données personnelles sont des principes traditionnels de l'action administrative. Mais s'y ajoutent les principes de finalité, de loyauté et de pertinence, qui sont donc nouveaux et complexifient encore les procédures administratives<sup>22</sup>.

En droit de l'environnement, des principes nouveaux ont fait leur apparition et se sont propagés dans les instruments juridiques nationaux, européens et internationaux, comme dans la Convention d'Aarhus<sup>23</sup>, ou, en droit français, dans la Charte de l'environnement, qui a valeur constitutionnelle<sup>24</sup>. Outre le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, les principes de prévention, de précaution et de participation du public sont au cœur de l'action administrative en matière de développement durable. Or qui dit participation du public

tion des deniers publics." V. art. 18 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Rappelons qu'en droit administratif français, les actes administratifs recouvrent à la fois les actes unilatéraux et les actes contractuels, ce qui permet de mentionner le droit de la commande publique comme illustration.

<sup>21</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<sup>22</sup> Art. 4 de la loi du 6 janvier 1978 *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, dans sa version consolidée: les finalités dont s'agit doivent être "déterminées, explicites et légitimes".

<sup>23</sup> Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée le 25 juin 1998.

<sup>24</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

incite à l'organisation de procédures contradictoires rendant nécessaires les enquêtes publiques.

Que les principes se multiplient en même temps que l'action administrative s'accroît n'a rien de surprenant. Toutefois, les principes peuvent entrer en contrariété, or il faut pouvoir les concilier pour aboutir à l'édition d'un acte administratif. Cette entreprise de conciliation peut se faire au détriment de certains de ces principes, surtout lorsque l'autorité administrative s'attache davantage au résultat recherché qu'au respect des procédures administratives.

## 2. *Un résultat toujours plus favorisé*

Les systèmes juridiques européens sont plus ou moins formalistes, mais comme cela a été précisé, ils énoncent des principes généraux communs relativement à la procédure d'adoption des actes administratifs. La meilleure manière d'évaluer si la balance penche en faveur de la procédure d'adoption ou en faveur de l'acte administratif adopté consiste à mesurer les chances de succès d'une contestation, que le recours soit administratif ou juridictionnel.

Au demeurant, dans la plupart des systèmes juridiques européens, le recours administratif préalable est exigé avant la saisine du juge, qu'il soit spécialisé en contentieux administratif ou pas. Si ce n'est pas la solution française, cela mérite néanmoins d'être souligné. Ainsi, en droit allemand, la procédure allemande peut même être qualifiée de "para-juridictionnelle" tellement les pouvoirs de l'administration et du juge sont proches quant au sort à réserver à un acte administratif illicite et tellement les principes généraux de la procédure sont communs à l'administration et à la juridiction (audition de l'administré, accès au dossier, motivation)<sup>25</sup>.

Il n'en reste pas moins que le référentiel étant le système juridique français, il servira d'illustration pour la manifestation de deux phénomènes qui témoignent de ce que l'acte peut être favorisé par rapport à la procédure: d'un côté, la marginalisation des vices de procédure et, d'un autre côté, l'accroissement des régularisations d'actes administratifs.

<sup>25</sup> Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, *Droit administratif allemand*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2022, spéc. n° 379, p. 168 et n° 299, p. 131.

## 2.1. Marginalisation des vices de procédure

Alors qu'ils étaient confondus au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>26</sup>, les vices de forme et de procédure ont été distingués, en droit administratif français, tout au long du XX<sup>e</sup> siècle<sup>27</sup>. Comme le précisait René CHAPUS, "contrairement au vice de procédure qui affecte le processus même de l'élaboration d'une norme, le vice de forme concerne la présentation extérieure de l'acte par lequel la norme est édictée: le contenant (*instrumentum*) et non le contenu (*negotium*)"<sup>28</sup>.

Parmi les vices de forme, le regretté professeur rangeait la signature et le contreséing, auxquels il est impossible de déroger, ainsi que la motivation, laquelle, en droit français, ne concerne qu'une partie des actes administratifs individuels, comme cela a été précédemment précisé, c'est-à-dire les actes défavorables et dérogatoires, sachant qu'il peut être dérogé à cette exigence en cas d'urgence<sup>29</sup>, de circonstances exceptionnelles ou logiquement en ce qui concerne les décisions implicites<sup>30</sup> ...

Quant aux vices de procédure, ils entachent un acte administratif d'illégalité ou d'illicéité quand l'acte a méconnu des formalités procédurales obligatoires, voire facultatives dès lors que l'autorité administrative a décidé de les respecter. La marginalisation de ces vices résulte de ce que tous n'entraînent pas la disparation d'un acte administratif, avec pour conséquence que certains actes peuvent être "sauvés" en dépit d'un vice de procédure.

### 2.1.1. Gradation des vices de procédure

En droit français, certaines prescriptions procédurales peuvent être ignorées par l'autorité administrative sans que cela entraîne l'illégalité

<sup>26</sup> Édouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1888, t. 2, spéc. 492 s.

<sup>27</sup> Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Les cours du droit, 1980, fasc. V, spéc. p. 1826 et s.

<sup>28</sup> René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, t.1, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 1228, p. 1037.

<sup>29</sup> Art. L. 211-6 du code des relations entre le public et l'administration.

<sup>30</sup> S'agissant des décisions implicites, si elles avaient dû être motivées comme décisions explicites, leur motivation peut être communiquée par l'autorité administrative, à la demande du destinataire. V. art. L. 232-4 du code des relations entre le public et l'administration.

ou l'illicéité de l'acte administratif: une distinction a d'abord été opérée entre les formalités non substantielles et les formalités substantielles. Logiquement, seules les formalités substantielles avaient pour conséquence d'entacher l'acte d'illégalité. Donc, l'autorité administrative pouvait le retirer et le juge pouvait l'annuler si l'acte n'avait pas respecté une telle formalité. La question se posait donc de savoir ce qui caractérisait une formalité substantielle pour pouvoir départager les actes administratifs légaux des actes illégaux. Une simple information ou un délai purement indicatif n'étaient pas des formalités substantielles<sup>31</sup>. Au contraire, les formalités substantielles devaient pouvoir éclairer l'autorité administrative ou garantir les droits des administrés<sup>32</sup>. Cette distinction a évolué, en droit administratif français, de sorte que la gradation entre les vices de procédure qui entraînent l'illégalité et ceux qui sont inoffensifs est encore plus affirmée que par le passé.

En effet, par deux décisions du 23 décembre 2011, *Danthony*, le Conseil d'État français considère qu'un "vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie"<sup>33</sup>. À compter de cette clarification, au cas par cas, les procédures administratives ont été considérées comme susceptibles ou non d'être suivies de manière contraignante.

Le phénomène de "danthonysation" a gagné l'ensemble des procédures administratives permettant ainsi aux autorités administratives d'être fixées sur les actes administratifs pour lesquels elles pouvaient agir avec plus de légèreté qu'avec d'autres. Certains auteurs n'ont pas manqué de relever que ce phénomène pouvait accompagner une "déprocéduralisation", par exemple en droit de la fonction publique<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> René CHAPUS, précité, n° 1225, p. 1032; l'auteur cite les arrêts suivants: CE, 28 juillet 1984, *Baillou*, *Rec.* 306; CE, 27 mars 1987, *Chambre d'agriculture de la Gironde*, in: *Dr. Adm.* 1987, n° 297.

<sup>32</sup> René CHAPUS, précité, n° 1225, p. 1033.

<sup>33</sup> CE, ass., 23 déc. 2011, *Danthony et autres*, *Rec.* 649 et CE, sect., 23 déc. 2011, *Danthony*, *Rec.* 653, *Rev. fr. dr. adm.* 2012.284, concl. Gaëlle DUMORTIER, 296, note Paul CASSIA; *Act. jur. dr. adm.* 2012.195, chron. Xavier DOMINO et Aurélie BRETTONNEAU.

<sup>34</sup> Marine PÉTRAUD / Ines BELLADONA / Piotr ROUSSEL, La "déprocéduralisation" en droit des fonctions publiques: une mutation du rapport de force entre une administration employeuse et ses agents?, in: *Act. jur. fonction pub.* 2025, 8.

Le critère de l'acte danthonysable ou non danthonysable est intéressant, car il marque l'influence du conséquentialisme en droit administratif français: sont des formalités qui justifient une annulation, seulement celles qui ont des conséquences, soit sur la prise de décision par l'autorité administrative, dès lors qu'elles ont exercé une influence sur cette dernière, soit sur les garanties accordées aux administrés (droit d'être entendu, droit d'accès au dossier, impartialité...)³⁵.

La position adoptée par la haute juridiction administrative française a donc eu pour effet de fragiliser certaines exigences procédurales considérées comme de moindre importance par rapport à d'autres qui seules pouvaient entraîner la disparition d'un acte administratif. Par suite, bien qu'irrégulièrement adoptés, certains actes ont donc été "sécurisés".

### 2.1.2. "Sécurisation des actes administratifs irréguliers"³⁶

Dès lors que toutes les procédures administratives ne doivent pas être respectées à peine de sanction d'illicéité ou d'illégalité, alors cela signifie que certains actes administratifs peuvent s'abstraire du respect de règles procédurales sans risquer de périr. La difficulté qui se fait jour ici tient à ce que les autorités administratives comptent parfois sur le fait que certaines procédures ne donneront pas lieu à censure juridictionnelle et agissent avec moins de rigueur que par le passé...

L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État français avec le recul de plus de dix années permet de constater déjà que le juge administratif privilégie l'un des critères à l'autre: sont "danthonysées" les procédures qui garantissent les droits des citoyens, beaucoup plus que celles qui exercent une influence sur la prise de décision³⁷.

Cela est probablement dû au caractère objectif des garanties, en comparaison de la subjectivité de l'influence sur le sens d'une décision administrative. Mais, ensuite, cela tient peut-être au second constat dressé par Olga MAMOUDY au terme d'un tel bilan: la sécurisation des actes administratifs irréguliers³⁸. Une dernière remarque peut être faite: les circons-

³⁵ Sur une rétrospective, v. Olga MAMOUDY, Dix ans d'application de la jurisprudence Danthony au Conseil d'État, in: *Act. jur. dr. adm.* 2022, 796.

³⁶ Olga MAMOUDY, précité.

³⁷ Olga MAMOUDY, précité.

³⁸ Olga MAMOUDY, précité.

tances de chaque espèce comptent, car il s'agit d'un domaine où règne le pragmatisme du juge.

En dehors de la “danthonyisation”, une autre “sécurisation” des actes administratifs se rencontre dans la jurisprudence administrative française, concernant cette fois les seuls actes réglementaires: un vice de forme ou de procédure ne peut être invoqué devant le juge que par voie d'action et non par voie d'exception, ce qui permet de laisser subsister des actes réglementaires illégaux dès lors que le délai de recours à leur égard est expiré<sup>39</sup>. Cette possibilité s'inspire du droit de l'urbanisme<sup>40</sup>, très proluxe dès lors qu'il s'agit d'aboutir au résultat souhaité plutôt que de respecter les principes procéduraux, et rejoint les hypothèses précédentes de sécurisation d'actes irréguliers. Elle peut être, en outre, rapprochée des cas de régularisations d'actes administratifs illégaux, illicites ou irréguliers.

## 2.2. *Accroissement des régularisations d'actes*

Quand un acte administratif est entaché d'une irrégularité mais qu'il est régularisé par l'autorité administrative elle-même ou par le juge, administratif ou de droit commun, alors le résultat l'emporte sur la procédure. Ce phénomène de régularisation revêt des réalités différentes selon les systèmes juridiques, mais aboutit toujours à corriger l'irrégularité, de sorte que l'on est en droit de se demander si on n'aboutit pas, dans certains cas, à une “co-construction” de l'acte administratif par l'autorité administrative et le destinataire de l'acte.

### 2.2.1. *La correction de l'irrégularité procédurale de l'acte administratif*

La régularisation d'un acte administratif consiste à “corriger un acte afin de préserver la situation juridique qu'il instaure”<sup>41</sup>; le Conseil d'État

<sup>39</sup> CE, ass., 18 mai 2018, *Syndicat CGT de l'administration centrale et des services des ministères économiques et financiers et du Premier ministre*, req. n° 411045, et *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, req. n° 414583, arrêt dit “CFDT Finances”, *Rec.* 187, concl. Aurélie BRETONNEAU; *Rev. fr. dr. adm.* 2018, 649, concl., 662, note Denys DE BÉCHILLON, 665, note Pierre DELVOLVÉ; *Act. jur. dr. adm.* 2018, 126, chron. Sophie ROUSSEL et Charline NICOLAS.

<sup>40</sup> Art. L. 600-1 du code de l'urbanisme, en vigueur jusqu'à la loi n° 2025-1129 du 26 novembre 2025 de simplification du droit de l'urbanisme et du logement.

<sup>41</sup> Élise LANGELIER et Aurélie VIROT-LANDAIS, Mérites et limites du recours à la régularisation des actes viciés, in: *La Semaine Jur. Adm. coll. terr. (JCP A)* 2015, n° 30, p. 38 s.

a illustré la possibilité de régularisation des actes administratifs irréguliers dans une décision de 2016<sup>42</sup>, seulement à propos d'un vice de forme ou de procédure. Le rapporteur public estimait alors que la régularisation n'est autre qu'une "démarche tendant à rétablir la conformité de l'ordre juridique à la légalité afin de sauvegarder les effets produits par un acte administratif entaché d'un vice", ce qui signifie donc que le vice est corrigé pour maintenir la situation juridique et les effets ainsi produits alors que le vice aurait dû conduire à l'irrégularité de l'acte et donc à sa disparition<sup>43</sup>. Ce phénomène n'est pourtant pas nouveau, puisque plusieurs de ses manifestations d'ordre général ou sectoriel existent en procédure administrative française.

D'un côté, le juge administratif français admet qu'en cas de pluralité de motifs qui fondent une décision administrative, l'invalidité de l'un d'entre eux n'invalide l'acte que si aucun autre ne peut le justifier: cette jurisprudence de la neutralisation d'un motif illégal remonte à 1968<sup>44</sup>. Plus proches de nous dans le temps, se remarquent des hypothèses où le juge procède, en respectant le contradictoire dès lors que s'engage une discussion entre les parties, pour veiller au respect des garanties des administrés, à la substitution de base légale<sup>45</sup> ou de motifs<sup>46</sup>. D'une certaine manière, la procédure est modifiée *a posteriori* de façon à maintenir un acte administratif dont les effets juridiques sont considérés comme devant prévaloir sur les irrégularités qui l'entachent. Ces procédés peuvent être rapprochés de l'hypothèse dans laquelle le juge administratif module les effets d'une annulation dans le temps de manière à corriger les effets néfastes de la rétroactivité<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> CE, sect., 1<sup>er</sup> juillet 2016, *Commune d'Émerainville*, n° 363047, *Rec.* 291 ; *Act. jur. dr. adm.* 2016, 1859, chron. Louis DUTHELLET DE LAMOTHE et Guillaume ODINET ; *Rev. Fr. Dr. Adm.* 2017, 289, concl. Vincent DAUMAS.

<sup>43</sup> Audrey BACHERT, La régularisation des actes administratifs, in: *Rev. Dr. Pub.* 2019, 4 ; William GREMAUD, *La régularisation en droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2021. Le rapporteur public est le magistrat qui livre une analyse juridique d'une affaire, sans prendre part à son jugement.

<sup>44</sup> CE, ass., 12 janv. 1968, *Dame Perrot*, *Rec.* 39 ; *Act. jur. dr. adm.* 1968, 179, concl. Jean KAHN.

<sup>45</sup> CE, sect., 3 déc. 2003, *Préfet de la Seine Maritime c. El Babi*, *Rec.* 479, *Rev. Fr. Dr. Adm.* 2004, 733, concl. Jacques-Henri STAHL ; *Act. jur. dr. adm.* 2004, 202, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS.

<sup>46</sup> CE, sect., 6 févr. 2004, *Hallal*, *Rec.* 48 ; *Rev. Fr. Dr. Adm.* 2004, 740, concl. Isabelle DE SILVA ; *Act. jur. dr. adm.* 2004, 436, chron. Francis DONNAT et Didier CASAS.

<sup>47</sup> CE, ass., 11 mai 2004, *Assoc. AC !*, *Rec.* 197, concl. Christophe DEVYS ; *Rev. Fr. Dr.*

D'un autre côté, en droit de l'urbanisme, où nous avons noté que les procédures s'étaient particulièrement diversifiées et complexifiées, la régularisation est prévue par le code de l'urbanisme. Ce dernier précise, en effet que: "Le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé par un permis modificatif peut, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation. Si un tel permis modificatif est notifié dans ce délai au juge, celui-ci statue après avoir invité les parties à présenter leurs observations."<sup>48</sup> Deux précautions sont alors prises par le législateur: aucun autre moyen ne doit être fondé; le contradictoire doit être respecté<sup>49</sup>.

La procédure administrative allemande n'est guère éloignée de ces solutions car elle consacre aussi des hypothèses de "guérison" ("*Heilung*") des vices de forme et de procédure<sup>50</sup>. D'après le manuel de *Droit administratif allemand* d'Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, "l'acte guéri est considéré comme légal, sachant que l'administration peut intervenir 'jusqu'à l'issue de la dernière instance qui se prononce sur les faits dans un contentieux administratif'<sup>51</sup>", se référant au § 45 II du VwVfG<sup>52</sup>. L'autrice ajoute qu'à défaut de pouvoir guérir l'acte, l'acte peut être "adouci" selon ses termes: certains vices ne sont pas assez graves pour emporter l'annulation de l'acte<sup>53</sup>... Dans le même ordre d'idée, la loi fédérale sur la procédure administrative permet de "réinterpréter" un acte administratif pour le

*Adm.* 2004, 438, note Jacques-Henri STAHL et Anne COURRÈGES; *Act. jur. dr. adm.* 2004, 1049, note Jean-Claude BONICHOT, 1183, chron. Claire LANDAIS et Frédéric LENICA; Olga MAMOUDY, *La modulation dans le temps des effets des décisions de justice en droit français*, thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013. Pour une abrogation juridictionnelle sur conclusions subsidiaires, v. CE, sect., 19 nov. 2021, *Assoc. des avocats ELENA et autres*, *Rec.* 331, concl. Sophie ROUSSEL; *Rev. Fr. Dr. Adm.* 2022, 51, concl., 67, note Louis DE FOURNOUX; *Act. jur. dr. adm.* 2021, 2582, chron. Clément MALVERTI et Cyrille BEAUFILS.

<sup>48</sup> Art. L. 600-5-1 du code de l'urbanisme.

<sup>49</sup> Sur la particularité du contentieux de l'urbanisme, v. Nelly ACH, Le contentieux de l'urbanisme ou la quintessence de l'effet utile, in: *La Semaine Jur. Adm. coll. terr. (JCP A)* 2023, 47/2355.

<sup>50</sup> Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, précité, n° 381 s., p. 169 s.

<sup>51</sup> Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, précité, n° 382, p. 169.

<sup>52</sup> *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 25 mai 1976, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1977.

<sup>53</sup> Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, précité, n° 384, p. 170.

rendre licite (“*Umdeutung*”)<sup>54</sup>. Il est donc permis de transformer un acte irrégulier en acte régulier s’il a la même finalité et si les conditions pour son édicition régulière sont remplies<sup>55</sup>. Dans ces conditions, une ultime interrogation se pose.

### 2.2.2. Vers une co-construction de l’acte administratif?

Si l’acte administratif importe davantage que la procédure, cette dernière ne s’efface pas complètement. Au contraire, chemin faisant, elle est ajustée au résultat attendu.

Le contentieux de l’urbanisme illustre particulièrement bien l’idée selon laquelle ce sont les parties, le promoteur, d’un côté, l’autorité administrative, de l’autre, qui, à l’occasion d’un recours administratif préalable ou d’un recours juridictionnel, modifient l’acte administratif, sous l’effet d’une négociation, qui pourrait s’apparenter à une médiation administrative, parfois préférée à un règlement juridictionnel d’un litige, même si l’on peut regretter que les citoyens soient quelque peu délaissés dans ces hypothèses de régularisation des autorisations d’urbanisme<sup>56</sup>. Il n’est pas rare qu’en cours d’instance, devant le juge, ce dernier doive donner acte d’un désistement, car les parties se sont mises d’accord entre elles.

Cela est vrai également dans les contentieux environnementaux, dans une moindre mesure néanmoins. Dans ce dernier cas, les possibilités d’actions de groupe n’ont probablement pas encore porté tous les espoirs que les associations de défense de l’environnement y avaient placés<sup>57</sup>. Il n’en reste pas moins que là encore, on assiste peut-être à une nouvelle façon d’élaborer un acte administratif, qui mêle procédure administrative, procédure pré-contentieuse et procédure juridictionnelle de sorte que les divers acteurs construisent ensemble l’acte administratif. De même, quand sont élaborés des actes réglementaires selon des procédures participatives, le même phénomène est esquissé.

Finalement, la co-construction d’un acte administratif est typique d’une procédure “*in itinere*” où le chemin est modifié de manière à at-

<sup>54</sup> Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, précité, n° 385, p. 170.

<sup>55</sup> § 47 II et III du VwVfG.

<sup>56</sup> Nelly ACH, précité.

<sup>57</sup> Sur l’action de groupe en contentieux administratif, v. art. L. 77-10-1 à L. 77-10-25 du Code de justice administrative; sur l’action de groupe environnementale, v. art. L. 142-3 du code de l’environnement.

teindre le but. Ce n'est plus la procédure contre le résultat, ni la procédure ou le résultat, mais la procédure pour le résultat.

BEHAVIOUR CONTROL WITHOUT COMMAND:  
THE INTERSECTION OF BEHAVIOURAL SCIENCE  
AND PUBLIC REGULATION

*Alberto Zito\**

1. *The intersection of behavioural science and public and administrative law, with a particular focus on nudge theory as a framework for policy design and implementation*

I would like to express my gratitude to the organizers for inviting me to serve as a speaker at this prestigious conference. The following discussion will explore the notion of regulating behaviour in the absence of direct command.

The behavioural sciences (with a particular focus on behavioural economics and behavioural psychology) have yielded a plethora of studies that numerous scholars specializing in public and administrative law have taken a significant interest in. Among the most significant contributions there is the so-called nudge theory, which was skilfully and effectively elaborated by Sunstein and Thaler<sup>1</sup>.

The purpose of this paper is to explore the relationship between the concept of nudging and the action of public authorities. To this end, the following issues will be addressed:

- i)* an outline of the theory of nudging;
- ii)* the compatibility of the nudge theory and nudge regulation with the legal system;
- iii)* the application of nudge regulation to health and environmental protection;
- iv)* the question of whether nudge regulation constitutes the exercise of power in the legal sense.

\* Alberto ZITO, Professor of Administrative Law, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

<sup>1</sup> See R.H. THALER / C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008 (Italian translation: *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, Milano, Feltrinelli, 2017).

## 2. *A concise definition of the concepts of nudge theory and nudge regulation*

The theory of nudging is founded on two assumptions: first, that every human decision is made within a specific context (the so-called decision-making context); and second, that individuals, when making choices, exhibit cognitive biases and errors, which systematically result in decisions that are conducive to neither their own interests nor the protection of public interests. Cognitive biases and errors can be defined and typified thanks to the results reached by behavioural sciences. Following this, a decision-making context can be established that nudges individuals to select a particular course of action that aligns with both their personal interests and the broader public interest<sup>2</sup>.

The application of the nudge theory is evident in the nudge regulation concept, which can be defined as the arrangement of the decision-making context. In this sense, nudging may be considered an effective technique for regulating human behaviour, which complements traditional regulation based on rules establishing prohibitions, incentives, controls, and sanctions.

The merits of nudge regulation are indisputable. Individuals retain their autonomy to select the decision-making approach that best aligns with their preferences, thereby evading the influence of the decision-making environment without facing any penalties. In this context, the metaphor of the “navigator”, who provides a route for the motorists but does not oblige them to follow it if they consider an alternative course of action more suitable, is employed in scientific literature. Secondly, the management costs associated with such a regulatory technique are reduced to zero or at least significantly decreased, since there are no binding commands for the individual to follow. Consequently, there is no need to employ public staff to carry out controls. Thirdly, the effectiveness of such a regulatory technique can be measured simply by observing the behaviour of the individuals concerned. Therefore, there is empirical evidence that provides feedback on whether or not the arrangement of decision-making contexts has been successful.

<sup>2</sup> See R.H. THALER / C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, cit., 11. The authors state that the theory is aimed at improving people's lives. This does not mean, however, that it applies to individual well-being only but also to collective well-being.

### 3. *The application of nudge regulation to health and environmental protection*

Public decision makers may apply nudge regulation in numerous domains. Its usefulness is especially pronounced in the fields of health and environmental protection<sup>3</sup>. Numerous examples support this assertion. The organisation of canteen menus according to a specific sequence, with the placement of nutritionally advantageous dishes in easily accessible locations, is a strategy employed to influence individual dietary choices. This approach, known as the “framing effect”, can yield favourable outcomes, including enhanced public health and reduced healthcare expenditures, as a consequence of a decline in the prevalence of nutrition-related illnesses.

The implementation of the „duplex“ printing option in public administration offices, with no possibility of modification by the individual user, except through a cumbersome and time-consuming procedure, serves to reduce paper consumption with important results in terms of protection of environment. This strategy takes advantage of the „default“ effect, leveraging the tendency of users to adopt the most common or default setting.

### 4. *The compatibility of the nudge theory and nudge regulation with the legal system*

Sunstein and Thaler propose that nudge regulation is entirely congruent with the legal system, as this regulatory technique does not necessitate any reduction of individual freedom. Since nudging by public authorities does not curtail individual freedoms, its application does not require authorisation by the law.

Overall, nudge regulation is an administrative instrument that, due to its inherent characteristics, can in a natural way complement other known instruments. The only problem is to ensure that this instrument is not misused.

<sup>3</sup> See M. CAFAGNO, *Integrare la tutela giuridica dell'ambiente con le scienze comportamentali. Un'analisi introduttiva*, Torino, Giappichelli, 2025.

In essence, nudge regulation can be regarded as a form of legal regulation that possesses inherent characteristics, allowing it to be regarded as a natural complement to other established instruments.

Additionally, according in particular to Sunstein, nudge regulation has important virtues that confirm its full compatibility with the legal system, as well as its reliability and effectiveness<sup>4</sup>.

First, nudge regulation is a science-based mode of regulation because it rests on a realistic, scientifically validated assumption about how human beings make decisions. As such, it offers ample guarantee that the decisions of the individuals concerned will conform to those „suggested“ by the context architect.

The second virtue lies in the fact that public action based on nudge regulation does not require controls by public authorities because it does not contain binding orders, therefore compliance does not need to be verified and contraventions possibly sanctioned<sup>5</sup>.

Nevertheless, there are authors who express a negative opinion regarding the compatibility of nudging and law. Cserne's standpoint is of particular significance in this regard<sup>6</sup>. He asserts an incompatibility between nudge regulation and the legal system, predicated on the premise that the existence of regulation is contingent upon the presence of a justifiable rationale. Nudging regulation contravenes a fundamental tenet of law, namely, the principle that legislation ought to serve as a codified set of guidelines for conduct, substantiated by explicit rationales that are comprehensible to the intended recipients.

It is therefore unsurprising that, given the aforementioned premises, proponents of the incompatibility between nudging and law argue that even where legal provisions exist within the system to permit the use of nudges, these would be considered invalid from a substantive perspective.

<sup>4</sup> See C.R. SUNSTEIN, Five Reasons for Choice-Preserving Approaches, in *Harvard Law Review Forum*, 210, vol. 127, n. 6, 2014, 210-217.

<sup>5</sup> See C.R. SUNSTEIN, Five Reasons for Choice-Preserving Approaches, cit., according to which nudge regulation „*may well have high benefits without high costs*“ (211). The author also states that public regulators have „*to give careful consideration to choice-preserving approaches, and generally to adopt a (rebuttable) presumption in their favor, at least where no standard market failure is involved*“ (211).

<sup>6</sup> See P. CSERNE, Making Sense of Nudging Scepticism: Three Challenges to EU Law's Learning from Behavioural Sciences, 279-299, in A. ALEMANNINO / A.-L. SIBONY (eds.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Oxford, Hart publishing, 2015.

### 5. Nudge regulation as an exercise of power

In addressing the question of the compatibility between nudging and law, it is essential to reject the argumentative strategy employed by Sunstein and Thaler and to reject the assertion that such compatibility merely derives from the preservation of the individuals' freedom of choice.

This approach effectively diverts attention from the fundamental question of whether the implementation of nudge regulation can be considered an exercise of power<sup>7</sup>.

The topic at hand is of considerable complexity. If, what I believe to be correct, one admits that it is an exercise of power, one must take note that such power has peculiar characteristics compared to the concept of power in the legal sense. In essence, the latter pertains to the establishment of authoritative legal effects within the domain of the recipient. However, a nudge regulation does not yield such an effect because public authorities merely establish the decision-making environment, thereby allowing individuals to retain autonomy in their decision-making processes.

It is evident, then, that the public law scholar is presented with the problem of developing a notion of power other than the traditional one. To this end, reasoning about nudge regulation in terms of power of influence is necessary<sup>8</sup>.

This notion is widely used among social science scholars, such as political scientists, sociologists, and economists, who define power as the intentional influence of others' actions with concrete possibilities of success. This influence is aimed at directing these actions in a certain direction to achieve a purpose proper to those exercising power<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> On this specific problem see A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 85-96.

<sup>8</sup> On the concept of power of influence see C. CASTELFRANCHI, *The Micro-Macro Constitution of Power*, in *ProtoSociology*, vol. 18/19, 2003, 208-269, who argues that „power is also a fundamental topic in the social sciences, in particular in sociological theory (starting from classics like Marx, Pareto, Weber), in political science, in organization sciences, in anthropology; but also in economics (negotiation power, position power, theory of oligopolyies and monopolies, etc.)” (208).

<sup>9</sup> For this definition of power see, ex multis, A.I. GOLDMAN, *Toward a Theory of Social Power*, in *Philosophical Studies*, vol. 23, n. 4, 1972, 221-268; M. FOUCAULT, *Le sujet et le pouvoir*, in M. FOUCAULT, *Dits et écrits II*, 1976-1988, Paris, Gallimard, 2001, 1041-1062; P. MORRIS, *Power. A Philosophical Analysis*, Manchester, Manchester Univer-

From this definition, it is easy to grasp the qualifying features of power. For the phenomenon under consideration to occur in reality, the following conditions must be met. First, there must be a subject capable of exercising power in the given context. Second, the subject must decide to exercise power intentionally, transitioning from potential capacity to actual capacity. Third, there must be at least one recipient whose choice or behaviour is to be influenced. Fourth, power must be exercised to achieve a purpose. Fifth, there must be a reasonable probability that the recipient's behaviour will be influenced in the desired direction. Finally, the person exercising power must possess knowledge of the techniques and methods of exercising power.

A thorough examination of the concept of power in non-legal sciences reveals that the crux of the issue for jurists lies in the absence of an authoritative effect resulting from a nudge regulation. The efficacy of nudge regulation, as an instrument of influence, is a subject of considerable interest.

Consequently, it can be argued that the conceptualization of administrative power within the legal framework is inherently limited in its capacity to encompass instances of influence by one subject on the behaviour of another subject that do not involve the execution of an act with authoritative legal consequences.

It is evident that a significant epistemic deficit exists, impeding the capacity of public law scholars to acknowledge the inherent exercise of power in the legal sense that is intrinsic to nudge regulation. It is therefore necessary to modify the notion of power in the legal sense by extending it to cases in which public authority also exercises a mere power of influence<sup>10</sup>.

It is imperative to acknowledge the existence of power of influence and to recognize the necessity of its reconstruction in terms of authentic legal power. Only through this acknowledgment, the prerequisites and limits of the use of nudge regulation by public authorities may be clearly identified.

In the context of democratic rule of law, all forms of public power – including administrative power – must be grounded in legislation

sity Press, 1987; V.G. LEDYAEV, *Power. A Conceptual Analysis*, New York, Nova Science, 1997; M. BRIGAGLIA, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.

<sup>10</sup> See A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 95-96.

and constrained by the limitations established therein. Consequently, the power of influence, typical of nudge regulation, must be limited by the following constraints.

First, the power of influence must be aimed at the pursuit of public interests. Such a connection exists only in the case where the protection of the public interest comes to depend on individual conduct, in the sense that the latter contributes by neither secondary nor marginal profile to the protection of that interest. This connection thus represents both the prerequisite and the limitation of the exercise of power of influence<sup>11</sup>.

Furthermore, the areas where such hypotheses recur are neither few nor of little importance. The protection of health, which certainly constitutes a public interest, also goes by the fact that individuals assume a healthy lifestyle; the protection of the environment, which is certainly a public interest, also goes by the fact that people assume behaviours consistent with this objective; the protection of the rights of persons in a wheel-chair, which certainly constitutes a public interest of formidable importance and value, requires, in addition to the removal of architectural barriers by the public authorities, the behaviour of third persons not obstructing the passages reserved for them.

Examples are endless, but the ones cited are sufficient to substantiate the legitimacy of the domains in which nudge regulation can appropriately be implemented.

While this constitutes a preliminary step in demonstrating the compatibility of public authorities' actions with the rule, it is insufficient to pass the „administrative legality“ test.

A second issue remains to be addressed: in the absence of a legislative basis that expressly, albeit generally, attributes power of influence to the public authorities, the latter can be exercised only when there is a legislative basis authorizing public power to exercise power understood in the traditional sense, that is, to adopt acts that produce authoritative legal effects vis-à-vis the addressees<sup>12</sup>.

In other terms, the presence of a power of influence can be recognized only in circumstances where the rule of law empowers the public

<sup>11</sup> See A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 109-110.

<sup>12</sup> A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, cit., 112-113.

administration to prohibit, command, or encourage a certain behaviour, in accordance with the care of the public interest.

## 6. *Conclusions*

The present analysis was guided by the conviction that opposition to phenomena originating from scientific achievements is futile, if not detrimental, when they do not align easily with the conceptual framework of legal discourse. The experience reveals that public administrations act, to a greater extent than one would think, by resorting to the use of the nudge regulation. This results in the preparation of decision-making contexts that, in application of the results arrived at by the behavioural sciences, nudge people to assume a certain behaviour.

Consequently, it is more beneficial to methodically rebuild the phenomenon rather than disregard it or assert its incompatibility with the legal system. This is particularly important because it is indisputable that administrative action through nudge constitutes the exercise of genuine power.

Power does not dissipate from reality through the medium of a linguistic statement containing a negating assertion. Consequently, it is better for the legal scholar try to tame the power of influence.



Finito di stampare nel mese di aprile 2026  
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli

euro 22,00

ISBN 979-12-235-0654-7



9 791223 506547