

Адміністративне ПРАВО і ПРОЦЕС

ISSN 2227-796X



НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ ЖУРНАЛ

№ 3 (26)/2019

Журнал «Адміністративне право і процес» містить результати сучасних наукових досліджень у галузі адміністративного та адміністративного процесуального права України й зарубіжних країн. Дописувачами журналу є провідні українські та європейські вчені, молоді науковці, юристи-практики. Запропонована структура журналу відтворює систему адміністративного права, адміністративного процесуального права, яка відповідає сучасному європейському вченню про сутність і внутрішню побудову цих галузей права.

Для науковців, представників органів державної влади та місцевого самоврядування, юристів-практиків, а також студентів юридичних факультетів та вищих навчальних закладів юридичного спрямування.

**Видається чотири рази на рік
Засновано 2012 року**

Включено до переліку наукових фахових видань України (категорія «Б») з юридичних дисциплін (081 – Право) (Наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2019 року № 6143)

Журнал внесений до Index Copernicus International



Адреса редакційної колегії:
вул. Володимирська, 60,
м. Київ, 01601, Україна
Телефон: +38 (099) 608 73 25
E-mail: applaw@uni.kiev.ua

Зареєстровано:
Державною реєстраційною службою України.
Свідоцтво про державну реєстрацію –
КВ № 18863–7663 Р
від 28.04.12
Засновник:
Київський національний університет імені Тараса Шевченка.



Редакційна рада

Мельник Роман Сергійович

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри адміністративного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, головний редактор журналу;

Гревцова Радміла Юрївна

кандидат юридичних наук, доцент, директор Центру медичного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Кузніченко Сергій Олександрович

доктор юридичних наук, професор, завідувач сектору Інституту законодавства Верховної Ради України;

Лукач Ірина Володимирівна

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Посидинок Валерія Вікторівна

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри господарського права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Доктор Егле Білевічюте

професор Університету Миколаша Ромеріса, член Комісії з розгляду адміністративних спорів Литви (Литва);

Доктор Тома Бірмонтіен

професор Лабораторії правосуддя, Лабораторії прав людини юридичного факультету Інституту публічного права Університету Миколаша Ромеріса (Литва);

Наталія Чабан

професор, завідувач кафедри Жана Моне Кентерберійського університету (Нова Зеландія);

Лана Офак

доцент юридичного факультету Загребського університету (Хорватія);

Костас Параскева

кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного права юридичного факультету Кіпрського Університету (Кіпр);

Совгіра Ольга Володимирівна

доктор юридичних наук, професор, професор кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Джанфранко Тамбуrellі

науковий працівник в галузі міжнародного права Інституту міжнародних правових досліджень (ISGI) Національної дослідницької ради (CNR) (Рим, Італія);

Доктор Агне Тваронавічсін

Лабораторія соціальних технологій, Лабораторія посередництва та сталого розв'язання конфліктів юридичного факультету Інституту публічного права Університету Миколаша Ромеріса (Литва).

Administrative LAW and PROCESS



SCIENTIFIC AND PRACTICAL JOURNAL

№ 3 (26)/2019

"Administrative law and process" publishes the findings of research on administrative law and administrative procedural law of Ukraine and foreign countries. Authors of the journal are leading Ukrainian and European scholars, young researchers, legal practitioners. The journal's structure renders the system of administrative law, administrative procedural law which is in line with modern European doctrine of the essence and internal composition of the above law branches.

Target readers are representatives of public and local authorities, legal practitioners as well as students of law faculties and law schools.

**Frequency: four times a year
Established in 2012**

The journal is entered into the list of Ukrainian scientific professional editions (category "B") in juridical disciplines (081 - Law) (The Order of the Ministry of Science and Education of Ukraine dated December 28, 2019 No 6143)

The journal is included in Index Copernicus International



Address of the editorial office
60 Volodymyrska str.,
Kyiv, 01601, Ukraine
Contact number:
+38 (099) 608 73 25
E-mail: applaw@uni.kiev.ua

Registered by the Ministry of Justice of Ukraine
Certificate of state registration
KB № 18863 – 7663 P
dated 28.04.12

Founder:
Taras Shevchenko National University of Kyiv.



Editorial Board

Melnyk Roman Serhiiiovych

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the Department of Administrative Law of the Taras Shevchenko National University of Kyiv, Editor-in-chief of the journal;

Hrevtsova Radmila Yuriiievna

Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Director of the Center for Medical Law of the Faculty of Law of Kyiv National Taras Shevchenko University;

Kuznichenko Serhii Oleksandrovykh

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Head of the Sector of Legislation Institute of the Verkhovna Rada of Ukraine;

Lukach Iryna Volodymyrivna

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the Department of Commercial Law of the Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Poiedynok Valeriia Viktorivna

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor at the Department of Commercial Law of the Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Prof. Dr. Eglė Bilevičiūtė

Professor at Mykolas Romeris University; Member at Lithuania Administrative Disputes Commission (the Republic of Lithuania);

Dr. Toma Birmontien

Professor at Justice Laboratory, Human Rights Laboratory of Faculty of Law of Institute of Public Law, Mykolas Romeris University (the Republic of Lithuania);

Natalia Chaban

Professor, Head of Jean Monnet Chair, University of Canterbury (New Zealand);

Lana Ofak

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Zagreb (Croatia);

Costas Paraskeva

PhD (law), associate professor at Administrative law department, Faculty of Law, University of Cyprus (Cyprus);

Olga V. Sovgyria

Doctor of Juridical Sciences, Professor, Professor of the Department of Constitutional Law of the Faculty of Law of the Taras Shevchenko National University of Kyiv;

Gianfranco Tamburelli

Researcher of International Law at the Institute of International Legal Studies (ISGI) of the National Research Council (CNR), (Rome, Italy);

Dr. Agne Tvaronaviciene

Social Technologies Laboratory, Mediation and Sustainable Conflict Resolution Laboratory of Faculty of Law, Institute of Public Law of Mykolas Romeris University (the Republic of Lithuania).

ЗМІСТ

ЗАГАЛЬНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

<i>Von Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow</i> Das Verfahren zum Erlass von Verwaltungsakten.....	5
<i>Jörg Pudelka, Dr. Jens Johannes Deppe</i> Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung.....	19
<i>Marc Steiner</i> Die Durchsetzung von Verfügungen nach schweizerischem Verwaltungsrecht.....	62
<i>Maria Krausenboeck</i> Der renewal Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht – Hintergründe und aktueller Stand.....	72
<i>Peter Chvosta</i> Wann ist ein Verwaltungsakt ein Verwaltungsakt? Voraussetzungen eines Bescheids in Österreich	77
<i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i> Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts: Traditionen und Modelle.....	89

ОСОБЛИВЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

<i>Iryna Boiko, Olha Soloviova</i> Current problems of corruption-administrative offenses.....	113
<i>Karen Barseghi Zarikyan</i> The role of domestic authorities in effective application of advisory opinion procedure under the Protocol № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms	126

КОМЕНТАРІ ДО ЗАКОНОДАВСТВА

<i>Kateryna Kravchenko, Bernhard Schloer</i> Life as damage: compensation of non-pecuniary damage for staying alive (the interpretation of civil law in the light of the constitution)	140
--	-----

CONTENTS

GENERAL ADMINISTRATIVE LAW

<i>Jan Ziekow</i> Procedure for issuing of administrative acts	5
<i>Jörg Pudelka, Jens Johannes Deppe</i> General administrative law in development in Central Asia	19
<i>Marc Steiner</i> Execution of administrative orders according to swiss administrative law	62
<i>Maria Krausenboeck</i> Der renewal model draft for an administrative procedure law – backgrounds and current situation	72
<i>Peter Chvosta</i> When is an administrative act an administrative act? Requirements for a decision in Austria	77
<i>Eberhard Schmidt-Aßmann</i> Codification of administrative procedural law: traditions and models	89

SPECIAL ADMINISTRATIVE LAW

<i>Iryna Boiko, Olha Soloviova</i> Current problems of corruption-administrative offenses	113
<i>Karen Barseghi Zarikyan</i> The role of domestic authorities in effective application of advisory opinion procedure under the Protocol № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.....	126

COMMENTS ON THE LEGISLATION

<i>Kateryna Kravchenko, Bernhard Schloer</i> Life as damage: compensation of non-pecuniary damage for staying alive (the interpretation of civil law in the light of the constitution).....	140
---	-----

DAS VERFAHREN ZUM ERLASS VON VERWALTUNGSAKTEN

In der kurzen Übersicht über das Verfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts wird ausgeführt, dass nach deutschem Verständnis das Verwaltungsverfahren keine rein technische Natur besitzt, da er mit einer inhärenten Kontrollmechanik, der Zielorientierung verschiedener Organe und Einrichtungen sowie der an der Mittlerrolle beteiligten Personen zwischen verfassungsrechtlichen und verwaltungstechnischen Erfordernissen ausgestattet worden ist. Die Behörde entscheidet von Amts wegen über die Eröffnung des Verfahrens, mit Ausnahme des Falls wenn der Bürger dies beantragt. Sie entscheidet nach eigenem Ermessen, es sei denn, sie muss von Amts wegen handeln. Die wichtigsten Prinzipien sind Formlosigkeit, Einfachheit, Zweckmäßigkeit, Schnelligkeit, Kooperationsbereitschaft und Formfreiheit. Besondere Bedeutung kommt dem Untersuchungsgrundsatz zu. Die Relevanz der Umstände ergibt sich aus den einschlägigen Rechtsnormen und - gegebenenfalls - Ermessensentscheidungen. Der Umfang des Beweises und die Beweislast sind auch für den Anwendungsbereich des offiziellen Untersuchungsprinzips von Bedeutung. Die Behörden sind verpflichtet, dem Bürger ein Anhörungsrecht im Verwaltungsverfahren einzuräumen und den Ablauf und das Ergebnis des Verfahrens zu beeinflussen. Das hat direkte und indirekte äußere Auswirkungen und offenbart das aus der Verfassung abgeleitete Grundverständnis der Beziehungen zwischen Staat und Individuum. Gleichbehandlung aller Bürger und materielle Sachlichkeit beweisen die Rechtsstaatlichkeit und verbieten den Machtmissbrauch auf Kosten des Bürgers.

Schlüsselwörter: Verwaltungsakt, Deutsches Verständnis des Verwaltungsverfahrens, Rolle der verschiedenen Organe und Einrichtungen, verfassungsrechtliche Anforderungen, Verwaltungswirklichkeit von Amts wegen, Diskretion, Informalität, Einfachheit, Zweckmäßigkeit, Schnelligkeit, Mitwirkungspflicht, Formfreiheit, Grundsatz der Amtlichkeit Beweisumfang und Beweislast, offizieller Untersuchungsgrundsatz, Recht auf Gehör und Einflussnahme, direkte und indirekte Außenwirkung, Verfassung, Gleichbehandlung aller Bürger.



Von Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c.

Jan Ziekow,

Speyer

ziekow@uni-speyer.de

1. Zur Bedeutung des Verfahrens und des Verfahrensrechts

Mit der Steuerung durch Organisation teilt die Steuerung durch Verfahren die Qualität als strukturelle Steuerung (Schuppert, 2000: 560; Schmidt-Aßmann, 2012). Das Verfahrensarrangement wirkt nicht auf den Inhalt, sondern den Entstehungskontext der Verwaltungsentscheidung ein. Von seiner Grundstruktur her lässt sich das Verfahren als soziales System zur Reduzierung von Komplexität begreifen, das durch die Ungewissheit seines Ausgangs charakterisiert ist, welche in Form von abzuarbeitenden Verhaltensalternativen den Handlungszusammenhang prägt (Luhmann, 1978: 38). Die Beendigung der Ungewissheit ist Ziel des Verfahrens. Das Verfahren ist zwar konzeptionell ergebnis-, nicht jedoch zieloffen. Verfahren sind nicht zweckfrei, sondern dienen der Erstellung einer Entscheidung (Hill, 1986: 210). Insoweit ist das Verfahren ein Prozess der Selektion unter vorhandenen Alternativen, ein Prozess permanenter Informationsgewinnung und -verarbeitung (Schoch, 1992: 21; Ladeur, 2012). Verfahren kann daher verstanden werden als Strukturierung eines Kommunikationsprozesses zwischen mehreren Beteiligten zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels, nämlich der Findung einer Entscheidung (Gurlit, 2011: 227).

Allerdings ist das Verfahren der öffentlichen Verwaltung nicht lediglich Entscheidungsfindungsmodus, sondern zuvörderst Formung staatlicher Herrschaftsausübung (Schmidt-Aßmann, 1984: 1), ist Vermittler zwischen Verfassungsvorgaben und Verwaltungsrealität und notwendige Schaltstelle für die Anwendung des materiellen Verwaltungsrechts. Das Verwaltungsverfahren ist konstitutiver Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts (Gurlit, 2011: 235; Wahl, 1983: 151, 153), Handlungsgefüge zwischen Verwaltung und Bürger oder zwischen verschiedenen Verwaltungseinheiten. Die in diesem Handlungsgefüge von der Verwaltung zu erbringende Bewältigungsleistung hat Wahl plastisch in das Bild des magischen Vielecks gefasst (Wahl, 1983: 157): Entsprechend der Multifunktionalität des Verfahrens sieht sich die Verwaltung bei ihrem Handeln einer Vielzahl von Anforderungen gegenüber: Das Verfahren soll unter anderem eine materiell rechtmäßige Entscheidung hervorbringen, dieses Ergebnis legitimieren, Akzeptanz vermitteln, der Behörde Informationen verschaffen, widerstreitenden Interessen Artikulationsraum gewähren und ihren Ausgleich herbeiführen, individuelle Rechte wahren, wirtschaftlich und zweckmäßig

sein (Gurlit, 2011: 238). Auf welche Weise die Verwaltung diese Ziele erreichen und wie sie die verschiedenen Zielvorgaben untereinander gewichten will, bleibt ihr weitgehend selbst überlassen. Andererseits muss die Gewichtung der verschiedenen Eckpunkte rechtlichen Regeln folgen und kann nicht im freien Belieben der Behörde stehen. Das Verwaltungsverfahren muss daher rechtlichen Regelungsmechanismen unterliegen, die das genannte Vieleck im Wesentlichen in der Balance halten.

Das Verwaltungsverfahren koordiniert die Rollen, Handlungen und Schritte der verschiedenen Stellen und Personen, die in das Verwaltungsverfahren einbezogen sind: Der entscheidenden Behörde ebenso wie anderer öffentlicher Stellen und Privater, d. h. Bürger oder Unternehmen. In diesem Sinne ist es zentrale Aufgabe des Verwaltungsverfahrenrechts, die Governance des Verwaltungsverfahrens zu strukturieren (Ziekow, 2011: 95). Wenn aber dem Verwaltungsverfahrensgesetz bei der Koordination der verschiedenen Akteure die Leitfunktion zukommt, dann müssen die das Verwaltungsverfahren prägenden Leitgedanken auch im Gesetz zum Ausdruck kommen. Typischerweise werden daher die die Verwaltungskultur prägenden Grundentscheidungen im Verwaltungsverfahrensgesetz zum Ausdruck gebracht (Ziekow, 2006; 247, 253). Wie ein Verfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts strukturiert ist, ist nichts anderes als eine Widerspiegelung des Grundverständnisses des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger.

2. Begriff und allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrens

Dieser Funktion im Staat-Bürger-Verhältnis entspricht es, dass das Verwaltungsverfahren nach deutschem Verständnis außengerichtet ist. Gemäß § 9 Verwaltungsverfahrensgesetz ist unter einem Verwaltungsverfahren die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden zu verstehen, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsakts (oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages) gerichtet ist.

Die Außenwirkung nach § 9 geht über diejenige des Verwaltungsaktsbegriff nach § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz hinaus und erfasst auch Fälle einer lediglich mittelbaren Außenwirkung. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn sich eine Maßnahme auf den zu erlassenden Verwaltungsakt auswirken kann (Stelkens et al., 2014: § 9 Rn. 118). Hierzu gehören auch nicht nach außen in Erscheinung tretende Maßnahmen, sofern diese die Sachentscheidung beeinflussen können. Lediglich dann, wenn eine solche Möglichkeit ausgeschlossen werden kann, wie etwa bei der Erstellung von Entscheidungswürfen, wirkt eine Tätigkeit nicht nach außen.

Das Verfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts beginnt mit der Entscheidung der zuständigen Behörde darüber, ein solches Verfahren durchzuführen, und der tatsächlichen Aufnahme einer nach außen gerichteten Tätigkeit (Ziekow, 2013b: § 9 Rn. 15). Nach dem deutschen Verwaltungsverfahrenrecht gilt für diese Entscheidung grundsätzlich das *Offizialprinzip*. D. h., die Behörde entscheidet von Amts wegen über Eröffnung des Verfahrens (§ 22 S. 1 und S. 2 № 1 Alt. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz). Ausnahme von der Geltung des *Offizialprinzips* sind die Fälle, in denen die Verfahrenseröffnung einen Antrag des Bürgers voraussetzt (§ 22 S. 2 № 2 Verwaltungsverfahrensgesetz). Zweitens gilt das sog. *Opportunitätsprinzip*, d. h. die Behörde entscheidet nach ihrem Ermessen, ob sie Verfahren eröffnet oder nicht (§ 22 S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz). Ausnahmen hiervon sind die Fälle, in denen die Behörde auf Antrag oder verpflichtend

von Amts wegen tätig werden *muss* (§ 22 S. 2 № 1 Verwaltungsverfahrensgesetz) oder in denen das Ermessen zur Verfahrenseinleitung im Einzelfall reduziert ist, insbesondere weil Grundrechte des Bürgers die Verfahrenseröffnung erfordern (Ziekow, 2013b: § 22 Rn. 2). Das Verwaltungsverfahren endet – sofern es nicht eingestellt wird – mit der Bekanntgabe des Verwaltungsakts.

§ 10 Verwaltungsverfahrensgesetz bringt das der Behörde zustehende Verfahrensermessen (Hill, 1985: 449, 450) zum Ausdruck und enthält mit der Nichtförmlichkeit, der Einfachheit, der Zweckmäßigkeit und der Zügigkeit wichtige Grundsätze des Verwaltungsverfahrens. § 10 S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz statuiert den Grundsatz der Formfreiheit, d. h. die federführende Behörde ist bei der Durchführung des Verwaltungsverfahrens an bestimmte Formen nicht gebunden, sofern nicht besondere Rechtsvorschriften Abweichendes bestimmen. § 10 S. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz regelt mit der Einfachheit, der Zweckmäßigkeit und der Zügigkeit drei Verfahrensgrundsätze, die eng miteinander verwandt sind. Dabei handelt es sich um ermessensleitende, gestaltungsoffene Rechtssätze, die gegenüber den sonstigen verfahrensleitenden Aspekten keine absolute, aber eine relative Priorität genießen (Ziekow, 1998a: 1101, 1103). Mit den Grundsätzen der Einfachheit und der Zweckmäßigkeit wird zugleich das Effizienzgebot im Sinne der Erzielung eines größtmöglichen Nutzens unter Einsatz möglichst geringer Mittel aufgegriffen (Schmidt-Aßmann, 1998: 245, 246, 261). Vom Effizienzgebot sind auch eine Vielzahl von Einzelbestimmungen des VwVfG geprägt, wie etwa die Entbehrlichkeit der Begründung eines Verwaltungsakts bei bekannter oder erkennbarer Sach- und Rechtslage nach § 39 Abs. 2 № 2. Das Zügigkeitsgebot bildet eine einfachgesetzliche Ausprägung des im Rechtsstaatsprinzip verankerten Beschleunigungsgebots¹. Es ist einerseits darauf gerichtet, alle auf eine möglichst schnelle Verfahrensdurchführung abzielenden Maßnahmen zu erfassen; andererseits müssen nicht notwendige und damit überflüssige Verfahrensschritte unterbleiben (Ziekow, 1998a: 1104). So darf das Verfahren nicht bewusst verzögert werden² und es muss über einen Antrag in absehbarer Zeit entschieden werden³. Das Zügigkeitsgebot ist mit den aus dem Untersuchungsgrundsatz nach § 24 resultierenden Ermittlungsanforderungen abzuwägen⁴. Wie die Verfahrensschritte zur Erfüllung des Zügigkeitsgebots im Einzelnen geordnet werden, bestimmt die Behörde im Rahmen ihres Verfahrensermessens selbst. Sie wird nur zur Ausschöpfung ihrer vorhandenen Kapazitäten verpflichtet.

3. Grundsatz der Amtsermittlung

Im laufenden Verwaltungsverfahren zum Erlass eines Verwaltungsakts kommt gemäß § 24 Verwaltungsverfahrensgesetz der sog. Untersuchungsgrundsatz oder Amtsermittlungsgrundsatz zur Anwendung. Dieser Grundsatz besagt, dass der Sachverhalt, der der Entscheidung der Behörde zugrunde gelegt wird, nicht von den Verfahrensbeteiligten vorgetragen wird – dies wäre die im deutschen Zivilprozess geltende Verhandlungsmaxime, sondern von der Behörde von Amts wegen ermittelt wird. Verfassungsrechtliche Grundlage des Amtser-

¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 61. S. 82.

² Hessischer Verwaltungsgerichtshof. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 1990. S. 283.

³ Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 1987. S. 1087.

⁴ Bundesverwaltungsgericht. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1988. S. 1104, 1105.

mittlungsprinzip ist zum einen das Rechtsstaatsprinzip, insbesondere der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, weil es um eine Sachverhaltsaufklärung im öffentlichen Interesse geht (Ziekow, 1998b: 51, 71). Zum anderen steht hinter dem Amtsermittlungsgrundsatz der Rechtsschutz der Beteiligten, insbesondere also des Bürgers⁵. Aus diesem Grund weist das Verwaltungsverfahrensgesetz ausdrücklich darauf hin, dass die Behörde auch die für die Beteiligten günstigen Umstände berücksichtigen muss.

Was der Amtsermittlungsgrundsatz von der Behörde im Einzelfall verlangt, ist durch das Gesetz nicht im Einzelnen vorgegeben. Art und Umfang der Ermittlungen werden vielmehr von der Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmt⁶. Der Einzelne hat kein subjektives Recht auf Durchführung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen, da § 24 nicht den Interessen Einzelner, sondern allein dem öffentlichen Interesse an einer sachgerechten Erfüllung der Verwaltungsaufgaben dient⁷. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann Art und Umfang der Sachverhaltsaufklärung begrenzen⁸, wenn es im konkreten Fall z. B. einer schnellen Entscheidungsfindung bedarf. Eine solche Begrenzung der Aufklärung ist aber nicht allein durch zu erwartenden hohen Personal- oder Kostenaufwand zu rechtfertigen (Stelkens et al., 2014: § 24 Rn. 37).

Welche Umstände entscheidungserheblich sind und von der Behörde durch Amtsermittlung ermittelt werden müssen, richtet sich nach den Vorschriften des anzuwendenden materiellen Rechts (Kopp, Ramsauer, 2014: § 24 Rn. 7). Dies sind zum einen diejenigen Umstände, die die Tatbestandsvoraussetzungen der relevanten Rechtsnormen ausfüllen, andererseits – im Rahmen von Ermessensentscheidungen – jene Tatsachen, welche zum Treffen einer ermessensfehlerfreien Entscheidung notwendig zu berücksichtigen sind. Wenn die Behörde Fakten nicht selbst erhält, sondern sie ihr von anderen Behörden zur Verfügung gestellt werden, kann sie sie nicht einfach übernehmen, sondern muss sie überprüfen. Basierend auf allgemeinen Erfahrungssätzen ist allen an die Behörde herangetragenen bzw. sich der Behörde aufdrängenden Umständen nachzugehen. Es besteht keine generelle Pflicht zu eigenhändigen Ermittlungen. Die Behörde kann im Wege der Amtshilfe auf Erkenntnisse anderer Behörden zurückgreifen oder auch Sachverständige hinzuziehen. Eine Pflicht zur Einschaltung Dritter besteht, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben ist oder eine Entscheidung „im Benehmen“ mit einer anderen Behörde erfolgt⁹. Darüber hinaus ist sie auch dann zwingend, wenn es der Behörde an der besonderen Sachkunde fehlt. Durch Amtshilfe und Sachverständige gewonnene Erkenntnisse müssen von der Behörde überprüft werden.

Die Pflicht der Behörde zur Sachverhaltsermittlung wird durch die Mitwirkungspflicht der Beteiligten nach § 26 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz relativiert. Ohne

⁵ VG Potsdam 21.3.2003 – 14 K 4539/99. Implizit bereits Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 53. S. 30, 59.

⁶ Bundesverwaltungsgericht. Buchholz 442.09 § 20 AEG № 22.

Bundesverwaltungsgericht, 30.6.2004 – 5 B 32/03.

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, 6.10.2009 – 1 A 750/08.

⁷ Vgl. Bundesverwaltungsgericht. Buchholz 442.09 § 20 AEG № 22.

⁸ Bundesverwaltungsgericht. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1987. S. 143 ; 1988. S. 1104, 1105.

Rheinland-pfälzisches Obergerverwaltungsgericht. *Natur und Recht*. 1986. S. 134, 135.

⁹ Hierzu Bundesverwaltungsgericht. *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1996. S. 811, 812.

eine Mitwirkung der Beteiligten am Verwaltungsverfahren, insbesondere an der Sachverhaltsaufklärung, kann die Behörde vielfach nicht zufriedenstellend arbeiten. Ob und in welchem Umfang eine Mitwirkungspflicht besteht, ist eine Frage des Einzelfalls. Insbesondere sind Tatsachen, welche sich für den Beteiligten im Verfahren günstig auswirken und von deren Vorliegen die Behörde nicht ausgehen konnte, der Behörde mitzuteilen¹⁰ (Kopp, Ramsauer, 2014: § 24 Rn. 12c). Die Mitwirkungspflichten des Bürgers an der Sachverhaltsermittlung sind aber nur eine allgemeine Obliegenheit und nicht mit einer unmittelbaren Sanktion verbunden. Es besteht also in der Regel keine rechtlich durchsetzbare Mitwirkungsverpflichtung des Bürgers¹¹. Damit soll eine Selbstbelastung des Betroffenen vermieden werden.

Soweit ein Beteiligter Fragen beantworten könnte, um so zu deren Klärung beizutragen, dies aber in Kenntnis von deren Bedeutung für das Verfahren oder nach Aufforderung durch die Behörde unterlässt, obwohl dies in seinem Interesse oder jedenfalls nicht unzumutbar wäre, kann von der Behörde nicht erwartet werden, dass sie alle weiteren Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung verfolgt¹². Die Behörde kann das Verwaltungsverfahren in einem solchen Fall durch die Ablehnung der weiteren Befassung beenden¹³. Der Behörde ist es allerdings verwehrt, sich der Erfüllung ihrer Amtsermittlungspflicht durch Überwälzung der zu treffenden Ermittlungsmaßnahmen auf den Betroffenen zu entziehen¹⁴. Der Bürger muss die Nachteile hinnehmen, die sich ergeben, wenn er seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachkommt (Mitwirkungslast) (Knack, Henneke, 2014: § 26 Rn. 104). Die Aufklärungspflicht der Behörde endet dort, wo der Beteiligte seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht genügt. Ferner können bei der Beweiswürdigung im Falle verweigerter Mitwirkung für den Beteiligten nachteilige Schlüsse gezogen werden (Kopp, Ramsauer, 2014: § 26 Rn. 44), wengleich eine Umkehr der Beweislastverteilung nicht eintritt¹⁵.

Konsequenz des Untersuchungsgrundsatzes ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Ziekow, 2013b: § 24 Rn. 13). Die Beweiswürdigung stellt die zweite Komponente zur Ermittlung des wahren Sachverhalts dar. Inhalt des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung ist, dass die Behörde bei der Würdigung und Abwägung aller gewonnenen Erkenntnisse nicht an starre Beweisregeln gebunden ist (Kopp, Ramsauer, 2014: § 24 Rn. 31). So kann die Behörde im Fall eigener Sachkunde zu einem Ergebnis kommen, das von dem eines Sachverständigengutachtens abweicht¹⁶.

¹⁰ Nordrhein-Westfälisches Oberverwaltungsgericht. *Die Öffentliche Verwaltung*. 1979. S. 421.

¹¹ Nordrhein-Westfälisches Oberverwaltungsgericht, 5.10.2010 – 13 A 29/10.

¹² Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts 74 (S. 222, 224), jedoch zurückhaltend bei Mitwirkungspflichten in Form einer intensiven körperlichen Untersuchung; vgl. auch Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts 38 (S. 310, 314).

OVG Münster. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1990. S. 728.

VGH Kassel. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1986. S. 1129.

VGH Mannheim. *Die Öffentliche Verwaltung*. 1994. S. 1055, 1056.

¹³ Nordrhein-Westfälisches Oberverwaltungsgericht. *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter*. 1995. S. 356, 357.

¹⁴ Nordrhein-Westfälisches Oberverwaltungsgericht. *Baurecht*. 2008. S. 1873.

¹⁵ Bundesverwaltungsgericht, Buchholz 235 § 92 BDO № 4.

¹⁶ Hessischer Verwaltungsgerichtshof. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1991 (S. 280, 283) bzgl. eines von der Einschätzung eines Sachverständigen abweichenden Ergebnisses eines Gerichts.

Für die Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes von Bedeutung sind schließlich Beweismaß und Beweislast. Das *Beweismaß* bezeichnet den Grad der Überzeugung, den die Behörde vom Vorliegen oder Nichtvorliegen von entscheidungsrelevanten Tatsachen gewonnen hat. Eine unumstößliche Gewissheit seitens der Behörde ist nicht erforderlich. Ausreichend ist nach einer von den Gerichten verwendeten Formel ein Maß an Gewissheit, das den Zweifeln Schweigen gebietet, auch wenn sie nicht völlig auszuschließen sind¹⁷. Die *Beweislast* regelt, wie sich verbleibende Zweifel auf die behördliche Entscheidung auswirken. Das Verwaltungsverfahrenrecht trifft hierüber keine Aussage. Soweit keine besonderen Bestimmungen bestehen, gilt auch im Verwaltungsverfahren das sog. Normbegünstigungsprinzip. Dieses besagt, dass die Nichterweislichkeit einer Tatsache zu Lasten desjenigen geht, der aus ihr eine für ihn günstige Rechtsfolge herleitet. Für das Verwaltungsverfahren bedeutet dies, dass die Behörde – jedenfalls bei der Eingriffsverwaltung – die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens der Eingriffsvoraussetzungen trifft¹⁸. Im Rahmen der Leistungsverwaltung gehen Sachverhaltszweifel, die das Bestehen des Anspruchs des Bürgers betreffen, hingegen zu Lasten des antragstellenden Bürgers¹⁹.

4. Rechte der Beteiligten

Die Grundsätze über die Amtsermittlung werden ergänzt durch besondere Rechte der Verfahrensbeteiligten.

4.1. Allgemeine Betreuungs- und Fürsorgepflichten der Behörde

So konkretisiert § 25 Betreuungs- und Fürsorgepflichten der Behörde gegenüber den am allgemeinen Verwaltungsverfahren Beteiligten. Diese Pflichten finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage vor allem in den Grundrechten der Verfassung, im Rechtsstaatsprinzip und im Sozialstaatsprinzip²⁰. Der Beamte soll nicht nur Diener des Staates sein, sondern zudem als Helfer des Staatsbürgers für eine „Waffengleichheit“ der Beteiligten sorgen, indem er nach Möglichkeit verhindert, dass die Verwirklichung von Rechten an der Unkenntnis, Unerfahrenheit oder Unbeholfenheit im Umgang mit Behörden scheitert²¹. Zudem steigert die durch die Norm bezweckte Förderung der geordneten und sachgemäßen Durchführung des Verwaltungsverfahrens die Verfahrenseffizienz.

Nach § 25 Abs. 1 S. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz soll die Behörde die Stellung oder Berichtigung von Anträgen oder Erklärungen anregen, insbesondere wenn diese an formalen Mängeln leiden oder aus inhaltlichen Gründen einer zielführenden Rechtsverfolgung entgegenstehen. Die Beratungspflicht besteht, wenn die Versäumnisse offensichtlich nur auf einem Versehen oder auf Unkenntnis gründen. Die Behörde muss dann von Amts wegen tätig werden²². Der Umfang der Beratung wird durch die konkreten

¹⁷ Bundesverwaltungsgericht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 1985. S. 658, 660. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982 (S. 1893) fordert eine „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“.

¹⁸ Bundesverwaltungsgericht. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1986. S. 1122, 1124.

¹⁹ Bundesverwaltungsgericht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport*. 1990. S. 165.

²⁰ Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2006. S. 1305.

²¹ Bundesverwaltungsgericht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 1994. S. 575, 577.

²² Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2006. S. 1305.

Verhältnisse des Einzelfalls, wie z. B. den vermutlichen Kenntnisstand des Beteiligten, bestimmt. Ziel der Beratung bleibt eine zweckentsprechende Verfahrensdurchführung und keine Rechtsberatung.

§ 25 Abs. 1 S. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz gibt der Behörde auf, Auskunft über Rechte und Pflichten der Beteiligten im Verwaltungsverfahren zu erteilen, soweit dies erforderlich ist. Auskunft setzt im Gegensatz zur Beratung eine Anfrage des Beteiligten voraus, beruht mithin auf dessen Initiative (Oebbecke, 1994: 147, 150). Inhaltlich bezieht sich die Verpflichtung zur Auskunft nicht auf das materielle Recht, sondern nur auf verfahrensrechtliche Rechte und Pflichten, wie z. B. Fristen und Formen (Kopp, Ramsauer, 2014: § 25 Rn. 15; Stelkens et al., 2014: § 25 Rn. 51; Knack, Henneke, 2014: § 25 Rn. 71). Auch insoweit besteht für die Behörde keine allgemeine Rechtsberatungspflicht. Voraussetzung ist die Erforderlichkeit der Auskunft. Diese ist gegeben, wenn der Beteiligte nur mit Hilfe der Auskunft seine Rechte effektiv wahrnehmen und seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllen kann. Die Auskunft darf sich nur auf die im konkreten Verwaltungsverfahren bestehenden Rechte und Pflichten des Beteiligten beziehen²³.

Im Rahmen von § 25 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz obliegt der Behörde eine Pflicht zur Erörterung über die seitens des (zukünftigen) Antragstellers beizubringenden Nachweise und Unterlagen sowie die Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung (Satz 1). Darüber hinaus soll sie Auskunft über die voraussichtliche Verfahrensdauer und die Vollständigkeit der Antragsunterlagen geben (Satz 2). Im Rahmen dessen hat die Behörde dem Antragsteller mitzuteilen, welche Unterlagen noch fehlen und ggf. nachgereicht werden müssen. Überdies hat der Antragsteller einen Anspruch darauf zu erfahren, mit welcher voraussichtlichen Verfahrensdauer er zu rechnen hat. Insoweit ist die Behörde verpflichtet, nach summarischer Prüfung des Sachverhalts eine Prognose abzugeben.

§ 25 Abs. 3 Verwaltungsverfahrensgesetz betrifft die sog. frühe Öffentlichkeitsbeteiligung bei Großvorhaben. Nach dieser Vorschrift wirkt die Behörde darauf hin, dass der Träger bei der Planung von Vorhaben, die nicht nur unwesentliche Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben können, die betroffene Öffentlichkeit frühzeitig unterrichtet, wobei der betroffenen Öffentlichkeit Gelegenheit zur Äußerung und zur Erörterung gegeben werden soll. Sie zielt darauf ab, die Transparenz bei der Genehmigung von Großvorhaben zu erhöhen und hierdurch Konflikten entgegenzuwirken. Hiermit wird das Ziel verbunden, das eigentliche Planungs- bzw. Genehmigungsverfahren zu entlasten und die Zahl gerichtlicher Auseinandersetzungen zu vermindern²⁴. Die weitere mit der Einführung der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung verbundene Erwartung der Akzeptanzschaffung²⁵ wird sich nur auf das Verfahren, nicht auf dessen Ergebnis – das genehmigte Projekt – beziehen können. Dass aus Projektgegnern durch Öffentlichkeitsbeteiligung Projektbefürworter werden, mag allenfalls in Einzelfällen vorkommen. Verfahrensakzeptanz bedeutet demgegenüber, dass alle sich mit dem Vorhaben befassenden Personen und Institutionen die ihnen wichtigen Gesichtspunkte ein-

²³ Bundesverwaltungsgericht. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987 (S. 2098, 2099) zu § 89 S. 2 Abgabenordnung alter Fassung, der textidentisch mit § 89 Abs. 1 S. 2 Abgabenordnung ist.

²⁴ Bundestags-Drucksache 17/9666 S. 15.

²⁵ Bundestags-Drucksache 17/9666 S. 15.

bringen können, eine offene und eingehende Erörterung erfolgt und deshalb das Zulassungsverfahren in seiner Gesamtheit als fair empfunden wird, auch wenn es nicht das individuell präferierte Ergebnis zeitigen sollte (Ziekow, 2013a: 754, 755). Schließlich ist als weiteres Ziel die Verbesserung der Qualität der Beantragung des künftigen Projekts durch die frühzeitige Aufnahme entsprechender Anregungen zu nennen (Prell, 2012: 321, 322; Ziekow, 2012: 14).

§ 25 Abs. 3 Verwaltungsverfahrensgesetz verpflichtet die Behörde nicht selbst zur Durchführung einer frühen Öffentlichkeitsbeteiligung. Vielmehr wirkt sie gegenüber dem Vorhabenträger darauf hin, dass dieser die Beteiligung verantwortlich organisiert. In welcher Weise der Vorhabenträger die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung durchführt, steht grundsätzlich in seinem Ermessen. § 25 Abs. 3 Sätze 1 und 3 Verwaltungsverfahrensgesetz geben allerdings bestimmte Mindeststandards für die Gestaltung der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung vor (Ziekow, 2013a: 757).

4.2. Anhörungsrecht und Akteneinsicht

§ 28 Verwaltungsverfahrensgesetz verpflichtet die Behörde, dem Bürger unter den dort genannten Voraussetzungen im Verwaltungsverfahren rechtliches Gehör zu gewähren. Ein Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren ergibt sich aus dem im Rechtsstaatsprinzip begründeten Recht auf ein faires Verfahren, demzufolge dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden muss, vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können²⁶. Rechtliches Gehör ist daher kraft Verfassungsrechts bereits im Verwaltungsverfahren zu gewähren (Hufen, Siegel, 2013: Rn. 285)²⁷. Die Anhörung hat eine Hinweis- und Warnfunktion und soll vor überraschenden Entscheidungen schützen (Knack, Henneke, 2014: § 28 Rn. 6). Durch die Anhörung soll der Betroffene erfahren, von welcher tatsächlichen Entscheidungsgrundlage die Behörde ausgeht, so dass er durch die Anhörung auf diese Entscheidungsgrundlage ggf. korrigierend oder ergänzend Einfluss nehmen kann²⁸. Als wesentlicher Bestandteil der Parteiöffentlichkeit des Verfahrens stellt sie das wichtigste Recht der Beteiligten im Verwaltungsverfahren dar (Kopp, Ramsauer, 2014: § 28 Rn. 1).

Die Behörde hat den Betroffenen anzuhören, d. h. ihm (ggf. innerhalb einer angemessenen Frist) Gelegenheit zur Äußerung zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu bieten, ohne ihn auf seine Möglichkeit zur Äußerung ausdrücklich hinweisen zu müssen²⁹. Der Kreis der entscheidungserheblichen Tatsachen schließt auch diejenigen Umstände ein, die für die Ermessensausübung erheblich sind, wobei es für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit auf die rechtliche Einschätzung der anhörenden Behörde ankommt³⁰. Die Betroffenen, denen mit Blick auf den beabsichtigten Verwal-

²⁶ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 9 (S. 89, 95), 65 (S. 171, 174 f.), 101 (S. 397, 405).

²⁷ Vgl. etwa Bundesverwaltungsgericht, Buchholz 310 § 79 VwGO № 1; Buchholz 11 Art. 20 GG № 170.

²⁸ Verwaltungsgericht Köln, 7.5.2009 – 20 K 1540/08.

²⁹ Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2010. S. 2601, 2602.

³⁰ Bundesverwaltungsgericht, Buchholz 316 § 28 VwVfG № 6.

tungsakt erkennbar sein muss, weshalb und wozu sie sich äußern können³¹, müssen die Möglichkeit erhalten, den Ablauf und das Ergebnis des Verfahrens derart zu beeinflussen, dass ihre Stellungnahmen von der Behörde zur Kenntnis genommen und ernsthaft in Erwägung gezogen werden³². Die Behörde muss spätestens in der Begründung ihrer Entscheidung darauf eingehen³³.

Hinsichtlich der Form der Anhörung macht § 28 keine Vorgaben, so dass eine Anhörung schriftlich, mündlich oder telefonisch erfolgen kann³⁴. In der Regel genügt die Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung³⁵. Die Behörde hat nach § 28 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz in besonderen Fällen die Möglichkeit, von der Anhörung abzusehen. Dann ist die Anhörung der Beteiligten in das Ermessen der Behörde gestellt. Bei Vorliegen einer der dort genannten Konstellationen *kann* die Behörde von einer Anhörung absehen. Der Ausnahmekatalog trägt zum Teil besonderen öffentlichen Interessen, zum Teil Interessen der Beteiligten oder Dritter oder aber der Verfahrensökonomie Rechnung (Kopp, Ramsauer, 2014: § 28 Rn. 44). Auch bei Vorliegen eines dieser Fälle darf die Behörde nicht schematisch auf eine Anhörung verzichten, sondern muss nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entscheiden und begründen, ob und inwieweit, d. h. in Bezug auf welche Maßnahmen eine Anhörung unterbleiben kann³⁶.

§ 29 Verwaltungsverfahrensgesetz gesteht den Beteiligten einen nicht ins Ermessen der Behörde gestellten Anspruch auf Akteneinsicht zu. Abs. 2 dieser Vorschrift begrenzt diesen Anspruch zum Schutz der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung aus Gründen der Geheimhaltung und im Sinne berechtigter Interessen Dritter. Das Recht auf Akteneinsicht ist als wesentlicher Teil der Parteioffenlichkeit Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und der konkret betroffenen Grundrechte³⁷. Insbesondere dient die Akteneinsicht der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs und der „Waffengleichheit“ der Beteiligten³⁸. Darüber hinaus ist sie in der Demokratie ein notwendiger Bestandteil der öffentlichen Kontrolle der Verwaltung und wesentliche Voraussetzung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Bürger und Behörde.

Dementsprechend ist der Begriff der Akte umfassend zu verstehen. Er umfasst alle

Hessischer Verwaltungsgerichtshof. *Natur und Recht*. 2007. S. 54, 55.

³¹ Nordrhein-Westfälisches Oberverwaltungsgericht. *Deutsches Verwaltungsblatt*. 2010. S. 1243.

³² Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts 66 (S. 111, 114).

³³ Nordrhein-Westfälisches Oberverwaltungsgericht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport*. 1989. S. 614, 616.

³⁴ Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2010. S. 2601, 2602.

³⁵ Bundesverwaltungsgericht, Buchholz 448.11 § 19 ZDG № 9.

³⁶ Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts 68 (S. 267, 274) bezogen auf einen Fall von „Gefahr im Verzug“, wo das Bundesverwaltungsgericht als mildestes Mittel zur Abwendung der Gefahr ohne vorherige Anhörung nur vorläufige Maßnahmen für zulässig erklärte.

³⁷ Hierzu und zum Folgenden Bayerischer Verwaltungsgerichtshof. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 1999. S. 889 f.

³⁸ Nordrhein-Westfälisches Oberverwaltungsgericht. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2005. S. 2028, 2029.

das konkrete Verfahren betreffenden Unterlagen (z. B. Schriftsätze, Gutachten, Aktenvermerke, Randbemerkungen zu Schriftsätzen, Prüfungsaufgaben). Ferner beschränkt er sich nicht auf beschriebenes oder bedrucktes Papier, sondern umfasst auch Fotos, Karten, Filme, Tonbänder, Mikrofiches u. a. (Knack, Henneke, 2014: § 29 Rn. 48) Es gilt ein materieller Aktenbegriff, der nicht auf die Art der Aufbewahrung oder Ablage, sondern auf die funktionale Zuordnung von Datenträgern zu einem bestimmten Verfahren abstellt. Damit sind auch elektronische Datenträger einbezogen.

Ein Anspruch auf Akteneinsicht besteht für die Beteiligten nur innerhalb des laufenden Verfahrens, nicht auch vor dessen Beginn oder nach dessen Abschluss. Allerdings greift außerhalb eines laufenden Verwaltungsverfahrens in aller Regel der allgemeine Anspruch aus den Informationsfreiheitsgesetzen ein. Diesen Gesetzen ist gemeinsam, dass sie einen Zugang von Informationen unabhängig von einer verfahrensrechtlichen Stellung des Antragstellers und ohne Angabe von Gründen gewähren (Ziekow et al., 2013).

5. Schlussbetrachtung

Der vorstehende kurze Überblick über das Verfahren zum Erlass eines Verwaltungsaktes lässt sich wie folgt zusammenfassen: Nach deutschem Verständnis ist das zum Erlass eines Verwaltungsaktes führende Verwaltungsverfahren keine rein technische Prozedur, sondern ist Ausdruck des Grundverständnisses zwischen Staat und Bürger. Die zentralen Regelungen über dieses Verfahren sind sämtlich verfassungsrechtlich verankert. Im Kern geht es dabei darum, dass die Behörde das Verfahren objektiv und in Gleichbehandlung aller Bürger durchführt und ihre überlegenen Möglichkeiten, sich Informationen zu verschaffen, nicht zu Lasten des Bürgers einsetzt.

Bibliographie:

1. Gurlit E. Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 2011. № 70. S. 227–240.
2. Hill H. Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht. Heidelberg, 1986. 526 S.
3. Hill H. Verfahrensermessen der Verwaltung. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 1985. № 7. S. 449–456.
4. Hufen F., Siegel T. Fehler im Verwaltungsverfahren. 5. Aufl. Baden-Baden, 2013. 416 S.
5. Kopp F.O., Ramsauer U. *Verwaltungsverfahrensgesetz*. 15. Aufl. München, 2014. 2100 S.
6. Ladeur K.-H. Die Kommunikationsinfrastruktur der Verwaltung. *Grundlagen des Verwaltungsrechts* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). 2. Aufl. Bd. II. § 21. München, 2012. S. 330–360.
7. Luhmann N. Legitimation durch Verfahren. 3. Aufl. Darmstadt, 1978. 261 S.
8. Oebbecke J. Beratung durch Behörden. *Deutsches Verwaltungsblatt*. Köln, 1994. S. 147–150.
9. Prell L. Die „frühe Öffentlichkeitsbeteiligung“. *Ausbildung-Prüfung-Fachpraxis*. 2012. № 38. S. 321–330.
10. Schmidt-Aßmann E. Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. *Grundlagen des Verwaltungsrechts* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). 2. Aufl. Bd. II. § 27 München, 2012. S. 490–520.
11. Schmidt-Aßmann E. Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts. *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie* / P. Lerche, W. Schmitt Glaeser, E. Schmidt-Aßmann. Heidelberg, 1984. S. 1–12.

12. Schmidt-Aßmann E. Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht. *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.). Baden-Baden, 1998. S. 245–270.
13. Schoch F. Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht. *Die Verwaltung*. 1992. № 25. S. 21–53.
14. Schuppert G.F. Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre. Baden-Baden, 2000. 1023 S.
15. *Verwaltungsverfahrensgesetz* / H.J. Knack, H.-G. Henneke (Hrsg.). 10. Aufl. Köln, 2014. 1712 S.
16. *Verwaltungsverfahrensgesetz* / P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.). 8. Aufl. München, 2014. 2736 S.
17. Wahl R. *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. 1983. № 41. S. 151–160.
18. Ziekow J. Allgemeines und bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrenrecht. *Planung – Steuerung – Kontrolle: Festschrift für Richard Bartlspurger zum 70. Geburtstag* / M.-E. Geis, D.C. Umbach (Hrsg.). Berlin, 2006. S. 247–262.
19. Ziekow J. Die Wirkung von Beschleunigungsgeboten im Verfahrensrecht. *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1998. № 113. S. 1101–1110.
20. Ziekow J. Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung – Der Beginn einer neuen Verwaltungskultur. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2013. № 32(12). S. 754–760.
21. Ziekow J. Governance des Verwaltungsverfahrens als Aufgabe des Verwaltungsverfahrensrechts. *35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven* / H. Hill, K.-P. Sommermann, U. Stelkens, J. Ziekow (Hrsg.). Berlin, 2011. S. 95–109.
22. Ziekow J. Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag. München, 2012. 300 S.
23. Ziekow J. *Verwaltungsverfahrensgesetz*. 3. Aufl. München, 2013. 672 S.
24. Ziekow J. Zügige Verwaltungsverfahren. *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren* / J. Ziekow (Hrsg.). Berlin, 1998. S. 51–95.
25. Ziekow J., Debus A.G., Musch E. *Bewährung und Fortentwicklung des Informationsfreiheitsrechts. Evaluierung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes im Auftrag des Deutschen Bundestages*. Baden-Baden, 2013. 400 S.

References:

1. Gurlit, E. (2011). Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht [The intrinsic value of the procedure in administrative law]. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, no. 70, pp. 227–240 [in German].
2. Hill, H. (1986). Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht [The incorrect procedure and its consequences in administrative law]. Heidelberg [in German].
3. Hill, H. (1985). Verfahrensermessen der Verwaltung [Administrative process measurement]. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, no. 7, pp. 449–456 [in German].
4. Hufen, F., Siegel, T. (2013). Fehler im Verwaltungsverfahren [Error during the administrative procedure]. 5th ed. Baden-Baden [in German].
5. Kopp, F.O., Ramsauer, U. (2014). *Verwaltungsverfahrensgesetz* [Administrative procedure act]. 15th ed. München [in German].
6. Ladeur, K.-H. (2012). Die Kommunikationsinfrastruktur der Verwaltung [The administration communication infrastructure]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Voßkuhle, A. (eds.) Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2nd ed. Vol. II. München, pp. 330–360 [in German].
7. Luhmann, N. (1978). Legitimation durch Verfahren [Legitimation through procedures]. 3rd ed. Darmstadt [in German].

8. Oebbecke, J. (1994). Beratung durch Behörden [Advice from authorities]. *Deutsches Verwaltungsblatt*. Köln, pp. 147–150 [in German].
9. Prell, L. (2012). Die “frühe Öffentlichkeitsbeteiligung” [The “early public participation”]. *Ausbildung-Prüfung-Fachpraxis*, no. 38, pp. 321–330 [in German].
10. Schmidt-Aßmann, E. (2012). Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht [The procedural idea in German and European administrative law]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Voßkuhle, A. (eds.) Grundlagen des Verwaltungsrechts*. 2nd ed. Vol. II. München, pp. 490–520 [in German].
11. Schmidt-Aßmann, E. (1984). Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts [The procedural idea in the dogmatics of public law]. *Lerche, P., Schmitt Glaeser, W., Schmidt-Aßmann, E. Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*. Heidelberg, pp. 1–12 [in German].
12. Schmidt-Aßmann, E. (1998). Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht [Efficiency as a challenge to administrative law]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E. (eds.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*. Baden-Baden, pp. 245–270 [in German].
13. Schoch, F. (1992). Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht [The procedural idea in general administrative law]. *Die Verwaltung*, no. 25, pp. 21–53 [in German].
14. Schuppert, G.F. (2000). Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre [Administrative science: administration, administrative law, administrative theory]. Baden-Baden [in German].
15. Knack, H.J., Henneke, H.-G. (eds.) (2014). *Verwaltungsverfahrensgesetz* [Administrative procedure act]. 10th ed. Köln [in German].
16. Stelkens, P., Bonk, H.J., Sachs, M. (eds.) (2014). *Verwaltungsverfahrensgesetz* [Administrative procedure act]. 8th ed. München [in German].
17. Wahl, R. (1983). *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag* [Administrative procedure between administrative efficiency and legal protection mandate]. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, no. 41, pp. 151–160 [in German].
18. Ziekow, J. (2006). Allgemeines und bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrenrecht [General and area-specific administrative procedural law]. *Geis, M.-E., Umbach, D.C. (eds.) Planung – Steuerung – Kontrolle: Festschrift für Richard Bartlisperger zum 70. Geburtstag*. Berlin, pp. 247–262 [in German].
19. Ziekow, J. (1998a). Die Wirkung von Beschleunigungsgeboten im Verfahrensrecht [The effect of acceleration requirements in procedural law]. *Deutsches Verwaltungsblatt*, no. 113, pp. 1101–1110 [in German].
20. Ziekow, J. (2013a). Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung – Der Beginn einer neuen Verwaltungskultur [Early public participation - the beginning of a new administrative culture]. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, no. 32(12), pp. 754–760 [in German].
21. Ziekow, J. (2011). Governance des Verwaltungsverfahrens als Aufgabe des Verwaltungsverfahrensrechts [Governance of administrative procedures as a task of administrative procedural law]. *Hill, H., Sommermann, K.-P., Stelkens, U., Ziekow, J. (eds.) 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven*. Berlin, pp. 95–109 [in German].
22. Ziekow, J. (2012). Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Gutachten D zum 69. Deutschen Juristentag [New forms of public participation? Expert opinion D on the 69th German Lawyers’ Day]. München [in German].
23. Ziekow, J. (2013b). *Verwaltungsverfahrensgesetz* [Administrative procedure act]. 3rd ed. München [in German].
24. Ziekow, J. (1998b). Zügige Verwaltungsverfahren [Swift administrative procedures]. *Ziekow, J. (ed.) Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*. Berlin, pp. 51–95 [in German].

25. Ziekow, J., Debus, A.G., Musch, E. (2013). Bewährung und Fortentwicklung des Informationsfreiheitsrechts. Evaluierung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes im Auftrag des Deutschen Bundestages [Probation and development of the freedom of information law. Evaluation of the Federal Information Freedom Act on behalf of the German Bundestag]. Baden-Baden [in German].

PROCEDURE FOR ISSUING OF ADMINISTRATIVE ACTS

Von Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. **Jan Ziekow**,
Speyer
ziekow@uni-speyer.de

In the brief overview of the procedure for enacting an administrative act it is stated that in the German understanding the administrative procedure with its inherent control mode, goal orientation and role of the various institutions and bodies as well as persons involved in the intermediary role between constitutional requirements and administrative reality is not purely technical one. The authority decides ex officio about the opening of the procedure except a citizen applied for; it decides at its discretion except when it must act ex officio how to proceed. Its important principles named as informality, simplicity, expediency, speed, obligation to cooperate and freedom of form. Special importance is attributed to the principle of officiality of the investigation of a given case. The relevance of circumstances arises from the relevant legal norms and – i case of - discretionary decisions. The extent of the proof and the burden of proof are also important for the scope of the official investigation principle. Authorities are obliged to grant the citizen a right to be heard in the administrative procedure and to influence the course and outcome of the procedure. It carries direct and indirect external impact, revealing the basic understanding of relations between the state and the individual derived from the constitution. Equal treatment of all citizens and material substantivity proves the rule of law and prohibits the abuse of power at the expense of the citizen.

Key words: administrative act, German understanding the administrative procedure, role of the various institutions and bodies, constitutional requirements, administrative reality, ex officio, discretion, informality, simplicity, expediency, speed, obligation to cooperate, freedom of form, principle of officiality, extent and burden of proof, official investigation principle, right to be heard and influence, direct and indirect external impact, constitution, equal treatment of all citizens.

ALLGEMEINES VERWALTUNGSRECHT IN ZENTRALASIEN IN DER ENTWICKLUNG¹

Die Transformation in Zentralasien wird im eher als Übergang zur Marktwirtschaft gesehen, während die Demokratisierung Defizite aufweist. Trotzdem sieht der Autor neue Zeichen im Verhältnis von Individuum und Staat. Während die Kirgisische Republik, Tadschikistan und Kasachstan neue Verwaltungsverfahrensgesetze eingeführt haben, sind sie so revolutionär oder im Gegenteil bedeutungslos, dass ihre Anwendung noch nicht sicher ist oder weitere Anstrengungen erfordert. Hinter dem Bedarf stehen nicht nur als knapp eingestufte staatliche Mittel, sondern auch Rechts- und Verwaltungswissenschaften.

Es werden Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit für Kasachstan, Usbekistan, Tadschikistan und Turkmenistan angegangen. Im ersten Staat sind sie eher aktiv, in Usbekistan und Tadschikistan eher im Schatten, während in Turkmenistan keine Verfassungsgerichtsbarkeit existiert. Die Kirgisische Republik hat vor kurzem ihre verfassungsgerichtliche Kontrolle ihrem Obersten Gerichtshof übertragen.

Öffentliche Verwaltung in Zentralasien sieht Autor als mangelhaft, Massenmedien unter strenger staatlicher Kontrolle, Recht auf Beschwerde und auf Klage als nicht allgemein anerkannt (Ausnahme: Kirgisische Republik). Präsentierte Ergebnisse für Rechtsberatung und Rechtshilfe, insbesondere in Gerichten in Zivil- und Verwaltungsstreitigkeiten werden als gering oder als unsicher eingeschätzt.

Es werden Daten von „Worldwide Governance Indicators (WGI)“ vorgestellt und außer der Rechenschaftspflicht der Regierung, der Rechtsstaatlichkeit und der Korruptionsbekämpfung werden andere Punkte als positiv bewertet.

Nachdem das Russland jetzt kein führendes Beispiel ist, im Allgemeinen gibt es keine Modellierung für administrative Angelegenheiten und Gesetze. Sohin legt der Autor als Muster die §§ 9, 10, 22, 24, 25, 26, 28 sowie einige Grundprinzipien des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes dar.

Bei der Bewertung der Ergebnisse wurden einige Änderungen als substanziell/nachhaltig, die meisten eher formal oder kurzlebig bezeichnet. Kasachstan wird in jeder Hinsicht besser bewertet als Tadschikistan, Turkmenistan und Usbekistan. Letztere Staaten haben eine ebenso negative Reformpolitik. Außer in der Kirgisischen Republik werden die Wahlen als nicht frei und fair beschrieben.

Schlüsselwörter: Transformation in Zentralasien, Beziehungen von Personen und Staat, Kirgisistan, Tadschikistan, Kasachstan, neue Verwaltungsverfahrensgesetze, Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassungskontrolle, öffentliche Verwaltung in Zentralasien, staatliche Kontrolle, Recht auf Beschwerde und Klage, Rechtsberatung, „Weltweite Governance-Indikatoren (WGI)“, Russland, deutsches Modell für Verwaltungsangelegenheiten.

¹ Die Autoren arbeiten für die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) im Bereich der Rechtsstaatsförderung. Jens Deppe war von 2007–2009 als Programmleiter in Zentralasien und von 2014–2017 als Teamleiter im Südkaukasus für Rechts- und Justizreformen tätig. Zurzeit ist er im Sektorvorhaben „Förderung von Good Governance“ beschäftigt. Jörg Pudelka, zunächst als Richter in der Berliner Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit tätig, leitet das Programm zur Rechtsstaatsförderung in Zentralasien seit 2011 und ist seit 2015 Leiter des GIZ-Landesbüros für Kasachstan und Turkmenistan.



Jörg Pudelka,
GIZ Country Director
of Kazakhstan,
Judge at the Administrative
Court of Berlin (Germany)
jorg.pudelka@giz.de



Dr. Jens Johannes Deppe,
Senior Planning Officer
on Administrative Reform
bei Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ)
GmbH
jens.deppe@giz.de

1. Überblick über die aktuelle Situation und geltende Regelungen

1.1. Einführung

Die zentralasiatischen Transformationsstaaten, die aus dem Zerfall der Sowjetunion hervorgingen, räumten der Reform des Zivil- und Wirtschaftsrechts zunächst Vorrang ein. Gleich nach den neuen Verfassungen, die der Absicherung der nationalen Unabhängigkeit dienten, stellte die Einführung der Marktwirtschaft eine Priorität dar, während sonst vieles beim Alten blieb: Amtsstuben, Gerichte, Gefängnisse, Volksparlamente und Ministerien blieben zunächst der Tradition treu, nicht für die Bürger da zu sein, sondern für die Macht.

Dieser Eindruck hat sich in Zentralasien bis heute nicht ganz verflüchtigt. Demokratie ist gut, aber nicht überall passend, wie der russische Präsident Putin wiederholt betont hat. Über den Rechtsstaat lässt sich indessen reden, denn es ist offensichtlich, dass kein Staat auf das Recht verzichten kann. Aber auch hier gibt es einige Probleme, denn es ist einfacher, das Recht zu proklamieren, als es zu gewähren. In Zentralasien sind in den letzten zwanzig Jahren viele gesetzliche Neuerungen mit dem besten Wissen und Gewissen zu Papier gebracht worden. Viele von ihnen hatten jedoch auf den Charakter der Rechtsordnung oder ihre rechtsstaatliche Neuorientierung keinen größeren Einfluss. Auch die Wirkung neuer Verwaltungsgesetze ist noch immer nicht gewiss, denn sie bedürfen der Implementierung und der institutionellen Absicherung. Im zentralasiatischen Kontext sind jedoch schrittweise Änderungen denkbar und teilweise auch schon sichtbar, die das Verhältnis des Bürgers zum Staat auf eine neue Grundlage stellen.

Das Verwaltungsrecht war wie gesagt keine Priorität der Reformgesetzgebung beim Übergang zur Marktwirtschaft. Im Vergleich mit den neuen Verfassungen¹, den reformierten Zivilgesetzbüchern und der weiteren Überarbeitung der Zivil- und Wirtschaftsgesetzgebung (Knieper et al., 2010) sind die grundlegenden Verwaltungsgesetze z. B. im Südkaukasus relativ spät verabschiedet worden, im Abstand von mehreren Jahren nach den Neufassungen der Zivilgesetzbücher². In Zentralasien haben

¹ Die Verfassung der Republik Usbekistan stammt aus dem Jahre 1992. Russland, Kasachstan und die Kirgisische Republik gaben sich 1993 neue Verfassungen. Tadschikistan folgte 1994, die drei kaukasischen Staaten im Jahre 1995.

² Im kurzen Überblick: Georgien – Verwaltungsgesetz/Verwaltungsprozessgesetz (1999); Moldawien – Verwaltungsgerichtsgesetz (2000); Estland – Verwaltungsverfahren (1999), Verwaltungsgerichtsordnung (2001); Ukraine – Verwaltungsgerichtsordnung

lediglich die Kirgisische Republik, Tadschikistan und Kasachstan neue Verwaltungsverfahrensgesetze eingeführt. Das Verwaltungsverfahrensgesetz Kasachstans aus dem Jahr 2000 blieb dabei so nichtssagend, dass es nicht auffällt, ob es angewendet wird oder nicht. Das tadschikische und kirgisische Verwaltungsverfahrensgesetz sind hingegen so revolutionär, dass ihre Anwendung noch nicht sicher ist bzw. fortgesetzter Anstrengung bedarf.

Die Implementierungsdefizite sind nicht nur mit knappen staatlichen Ressourcen zu erklären. Ein Blick auf die Rechts- und Verwaltungswissenschaft in Zentralasien offenbart eine gewisse Zurückhaltung, sich mit neuen Ansätzen des öffentlichen Rechts zu befassen (siehe hierzu unter Teil IV 1). Selbst in Russland steht die Einführung eines neuen Verwaltungsverfahrensgesetzes auch heute noch aus (Pokhmelkin, 2016; Starilov, 2015)³. Die Gründe hierfür sind vielfältig, aber vielleicht liegen sie auch in der Sache: Verwaltungsverfahrensgesetze geben rechtsstaatliche Regeln für die Beziehung des Bürgers zum Staat, die gerichtlich überprüft werden können. Die regelmäßige und effektive gerichtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeit setzt der Exekutive Grenzen. Diese war aber in Zentralasien traditionell daran gewöhnt, nicht von anderen kontrolliert zu werden, insbesondere nicht von klagenden Bürgern und urteilenden Gerichten.

Sicher ist einerseits der Wille der Transformationsstaaten unübersehbar, das sowjetische Erbe über Bord zu werfen. Viele Gesetze des öffentlichen Rechts sind inzwischen modernisiert worden oder befinden sich in gesetzgeberischer Bearbeitung und Diskussion. Aber andererseits sind die Schwierigkeiten unverkennbar, rechtsstaatliche und demokratische Grundsätze anzunehmen und zu implementieren. Der Widerspruch zwischen offizieller Rhetorik und der Realität erschwert die Etablierung rechtsstaatlicher Grundsätze. Das Fundament der traditionellen Rechtsordnung erscheint vielen als Faktum, das jeden Gedanken an eine liberale Weiterentwicklung im Keim erstickt. Aufgrund der bisherigen Reformen könnte man sogar den Eindruck bekommen, dass in erster Linie politisch neutrale Reformgesetze eine gewisse Aussicht auf Erfolg haben. Neue, allgemeine Verwaltungsgesetze mit Informations- und Begründungspflichten für die Behörden und mit Wirkung zugunsten individueller Rechtspositionen der Bürger sind dagegen nicht so einfach zu vereinbaren und zu realisieren.

Daher lässt sich für das Verwaltungsrecht die Frage stellen: Wie ist die bis heute andauernde Schwäche substantieller Reformen in Zentralasien zu erklären? Welche Hindernisse sind hierfür bis heute, mehr als fünfundzwanzig Jahre nach dem Ende des sowjetischen Sozialismus, verantwortlich? Zur Beantwortung dieser Fragen hat man versucht, das fortwirkende Erbe der sozialistischen Rechtsordnung zu charakterisieren und die einfachen von den schwierigen (oder „komplexen“) Reformschritten zu unterscheiden. Ein Aufsatz befasst sich zum Beispiel mit den zentralasiatischen Abweichungen von rechtsstaatlichen Grundsätzen (Golovko, 2011). Er stellt die folgenden Fragen: Was ist eine einfache Abweichung von Recht und Gesetz? Was ist eine schwierige (bzw. komplexe) Abweichung? Der zitierte

(2005); Armenien – Verwaltungsverfahrensgesetz (2004), Verwaltungsgerichtsordnung (2007); Aserbaidshon – Verwaltungsverfahrensgesetz (2005), Verwaltungsprozesskodex (2007); Kirgistan – Verwaltungsverfahrensgesetz (2004); Tadschikistan – Verwaltungsverfahrensgesetz (2007). In Aserbaidshon sind beide Gesetze erst zum 01.01.2011 in Kraft getreten.

³ Auch ein Gesetzentwurf über die Verwaltungsgerichtsbarkeit blieb für über zehn Jahre folgenlos, obgleich Art. 118 der Verfassung der RF sogar die Verwaltungsgerichtsbarkeit nennt. Erst 2015 ist ein entsprechendes Verwaltungsprozessgesetz verabschiedet worden.

Aufsatz vertritt die These, dass die komplexen Abweichungen auf das Erbe der Sowjetunion zurückzuführen sind, oder jedenfalls am besten durch die frühere sowjetische Ordnung erklärt werden können. Anhand der rechtlichen Entwicklung der letzten fünfundzwanzig Jahre ist es aber inzwischen auch legitim zu fragen, ob die fortbestehenden Abweichungen bereits der Ausdruck eines neuen Gesellschaftssystems sind, das sich inzwischen mehr oder weniger fest etabliert hat (Collins, 2006). Die folgende Tabelle unterscheidet (im Anschluss an den genannten Aufsatz) anhand von drei Kriterien einfache von komplexen Abweichungen. Die Beispiele wurden hier nicht nur aus dem Bereich des Verwaltungsrechts gewählt, stehen aber mit diesem im Zusammenhang:

Tabelle 1

Einfache Abweichung:	Komplexe Abweichung:
Kriterien der Unterscheidung:	
einer von vielen möglichen Reformschritten	ein entscheidender Reformschritt
Hindernisse leicht zu beseitigen	Hindernisse schwierig zu beseitigen
von den meisten als offensichtlich negativ und abzuschaffen anerkannt	allgemein als „Norm“ oder bleibendes Merkmal akzeptiert
Beispiele:	
1) fehlende Anerkennung des Staates als Subjekt des Privatrechts;	1) unklare Trennung zwischen privatem und staatlichem Recht bzw. die Schwäche des Begriffs des öffentlichen Interesses und die schwache Wirkung der Verfassung und ihrer Grundsätze;
2) Kriminalisierung einzelner Tatbestände des Ordnungsrechts;	2) unklare Trennung zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht bzw. das alte Konzept der administrativen Verantwortlichkeit des Bürgers gegenüber dem Staat vs. Serviceorientierung staatlicher Stellen und Leistungsverwaltung;
3) Mangel an parlamentarischen Gesetzen im Vergleich zur Anzahl der präsidentiellen und ministeriellen Dekrete und Rechtsverordnungen;	3) unzureichende Gewaltenteilung, fehlender Gesetzesvorbehalt bzw. die Praxis der Dekrete und Rechtsverordnungen ohne ausreichende gesetzliche Grundlage und Absicherung ihrer Verfassungsmäßigkeit;
4) unvollständige Klagebefugnisse von Bürgern gegen den Staat im öffentlichen Recht;	4) vergleichsweise wenig gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen bzw. die Praxis der Rechtsaufsicht durch die Exekutive selbst und die Staatsanwaltschaft;
5) schwach besetzte Verfassungsgerichte.	5) kaum Grundrechtsschutz durch die Verfassungsgerichte, keine ausreichenden Entscheidungskompetenzen der Verfassungsgerichte.

Die aufgeführten Beispiele verdeutlichen, dass es für nachhaltige Veränderungen im Verwaltungsrecht nicht allein auf formale Reformschritte ankommt (neue Gesetze, neue Institutionen), sondern auf echte Veränderungen, Innovationen, substantielle Reformen und einen Bewusstseinswandel unter den professionellen Rechtsanwendern wie auch bei der Bevöl-

kerung. Das Rechtsbewusstsein der Bürger erscheint hierbei ebenso wichtig wie die Ausbildung und Qualifizierung von Beamten, Juristen und Richtern. Im öffentlichen Recht gilt ebenso wie im Privatrecht: Wo kein Kläger, da kein Beklagter. Vom reformierten Recht muss auch bei den Behörden und vor Gericht aktiv Gebrauch gemacht werden können, damit es sich realisiert. Der Zugang zum Recht ist nicht immer eröffnet, die Geltendmachung von Rechten hängt von rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten ab. Im Anschluss an die Tabelle bringt das folgende Schaubild das geringe Gewicht formaler Reformschritte im Vergleich zu substantiellen Reformen im Bereich der Rechtsstaatlichkeit zum Ausdruck:

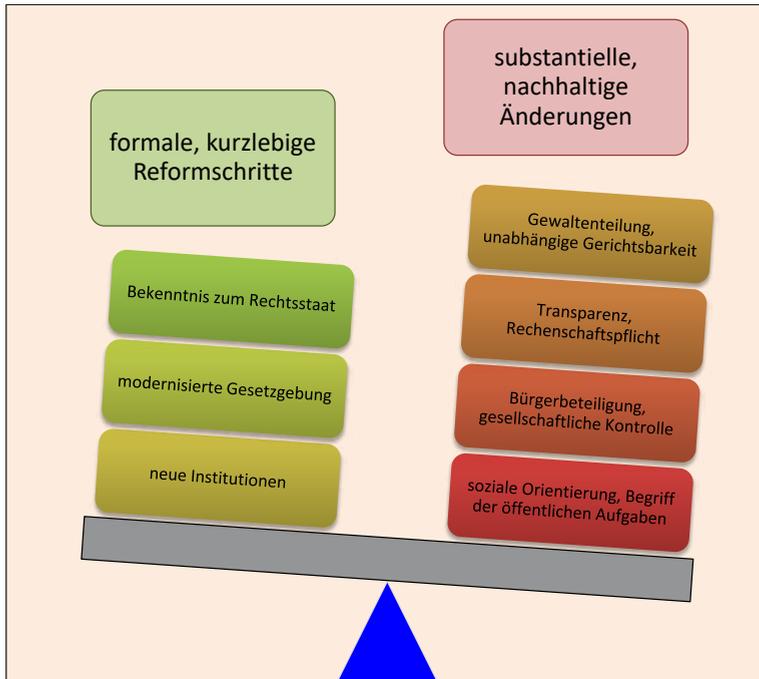


Schaubild 1. Die rechtsstaatliche Reformschaukel

1.2. Zur aktuellen Situation der zentralasiatischen Staaten im Hinblick auf Entwicklung, Rechtsstaat und Verwaltung

Ein kurzer Überblick über die internationalen Einschätzungen zentralasiatischer Staaten zeigt, dass weitergehender Reformbedarf nicht von der Hand zu weisen ist. Anhand der Entwicklungsdaten schneidet Kasachstan im Ländervergleich am besten ab. Kasachstan steht zumindest wirtschaftlich besser da, während die Kirgisische Republik – trotz des politischen Wechselspiels – im Hinblick auf Rechtsstaat und Demokratie positiver eingeschätzt wird⁴. Auffällig ist, dass Tadschikistan, Turkmenistan und Usbekistan in politischer Hinsicht gleichermaßen negativ eingeschätzt werden:

⁴ Vgl. aber die neuere Entwicklung unrühmlicher Verfassungsänderungen, kritisiert durch die Venedig-Kommission: Kyrgyz Republic – Endorsed joint opinion on the draft law “on Introduction of amendments and changes to the Constitution”, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14–15 October 2016).

Tisch 2

	Kasachstan	Kirgisische Republik	Tadschikistan	Turkmenistan	Usbekistan
2016 Human Development Index (UNDP)	56. Platz (hoch entwickeltes Land)	120. Platz (mittlerer Entwicklungsstand)	129. Platz (mittlerer Entwicklungsstand)	111. Platz (mittlerer Entwicklungsstand)	105. Platz (mittlerer bis hoher Entwicklungsstand)
2016 Democracy Index (The Economist)	139. Platz Autoritäres Regime	98. Platz Hybridregime	161. Platz Autoritäres Regime	162. Platz Autoritäres Regime	158. Platz Autoritäres Regime
2016 Bertelsmann Transformationsindex	Status: 85 Demokratie: 98. Platz Wirtschaft: 47. Platz Harte Autokratie	Status: 60 Demokratie: 68. Platz Wirtschaft: 60. Platz Stark defekte Demokratie	Status: 109 Demokratie: 102. Platz Wirtschaft: 112. Platz Harte Autokratie	Status: 116 Demokratie: 121. Platz Wirtschaft: 108. Platz Harte Autokratie	Status: 115 Demokratie: 117. Platz Wirtschaft: 110. Platz Harte Autokratie
2016 Rule of Law Index (WJP)	73. Platz von 113	83. Platz von 113	-	-	93. Platz von 113
2016 World Press Freedom Index	160. Platz von 180	85. Platz von 180	150. Platz von 180	178. Platz von 180	166. Platz von 180
2016 Corruption Perception Index	131. Platz von 176	136. Platz von 176	151. Platz von 176	154. Platz von 176	156. Platz von 176
2017 Doing Business Reports (World Bank, IFC)	Ease of Doing Business: 35 Starting Business: 45 Construction: 22 Contracts: 9	Ease of Doing Business: 75 Starting Business: 30 Construction: 32 Contracts: 141	Ease of Doing Business: 128 Starting Business: 85 Construction: 162 Contracts: 54	-	Ease of Doing Business: 87 Starting Business: 25 Construction: 147 Contracts: 38

Auch hinsichtlich der rechtlichen Entwicklung gehören Kasachstan und die Kirgisische Republik zu den aktiveren Reformstaaten. Diese zwei zentralasiatischen Staaten verzeichnen die größeren Fortschritte beim Aufbau einer leistungsfähigeren Verwaltung und einer professionelleren Gerichtsbarkeit. In Tadschikistan, Turkmenistan und Usbekistan sind rechtsstaatliche Reformen hingegen nicht nur bei der Implementierung des Rechts, sondern schon bei der Gesetzgebung weniger weit vorangekommen (vgl. unten 3. b).

Eine eigene fachliche Gerichtsbarkeit hat lediglich Kasachstan etabliert. Hier sind in erster Instanz Fachgerichte eingerichtet worden, die sich allerdings bisher lediglich mit den Ordnungswidrigkeiten beschäftigen; in höherer Instanz gibt es hierfür auch spezialisierte Richter. Auch der Verfassungsrat Kasachstans ist vergleichsweise aktiv, während die Verfassungsgerichte Usbekistans und Tadschikistans ein Schattendasein führen. In Turkmenistan gibt es hingegen kein Verfassungsgericht. Die Kirgisische Republik hat ihr Verfassungsgericht seit einiger Zeit wieder abgeschafft, zugunsten einer Verfassungskontrolle des Obersten Gerichts.

In den ärmeren zentralasiatischen Staaten, insbes. in Tadschikistan und der Kirgisischen Republik, aber auch in den ländlichen Gegenden von Usbekistan, fehlen der Verwaltung die personellen und finanziellen Ressourcen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Abgesehen hiervon gibt es aber eine Reihe von rechtsstaatlichen Defiziten, die für die ganze Region genannt werden. Beispiele hierfür werden in den Länderberichten der Bertelsmann Stiftung noch genauer ausgeführt (Spanger, 2016). Vor allem ist die Gewaltenteilung nur schwach ausgeprägt. Die Exekutiven haben eine unangefochtene Vorrangstellung inne, die auch die verfassungsrechtliche Unabhängigkeit der Gerichte schmälert. Mit Ausnahme der Kirgisischen Republik werden die Wahlen mehrheitlich nicht als frei und fair beschrieben. In der Mehrheit der zentralasiatischen Staaten befinden sich die Massenmedien unter strenger staatlicher Kontrolle. Zugleich macht die Ahndung von Amtsmissbrauch (Korruption, Nepotismus, Begünstigung, Unterschlagung) im Unterschied zu anderen eurasischen Staaten kaum Fortschritte, trotz einiger Initiativen, die in den letzten Jahren gestartet wurden (OECD, 2015). Auch die internationalen Bewertungen zu Freiheits- und Bürgerrechten sind vergleichsweise niedrig (vgl. hierzu die Berichte von Amnesty International (Amnesty International, 2017) und Human Rights Watch (Human Rights Watch, 2012; Human Rights Watch, 2016; Human Rights Watch, 2014)). Gesetze gegen Extremismus und Terror haben die Bürgerrechte seit 2005 wieder stärker eingeschränkt. Wenige der zivilgesellschaftlichen Organisationen Zentralasiens engagieren sich zugunsten von Freiheits- und Bürgerrechten oder dem Minderheitenschutz. Die Regierung der Kirgisischen Republik ermunterte ihre Bürger in der Vergangenheit zwar zu zivilgesellschaftlichen Aktivitäten, aber die staatliche Unterstützung blieb sporadisch und ließ den ständigen Dialog mit der Zivilgesellschaft vermissen (BTI, 2018: 30–31).

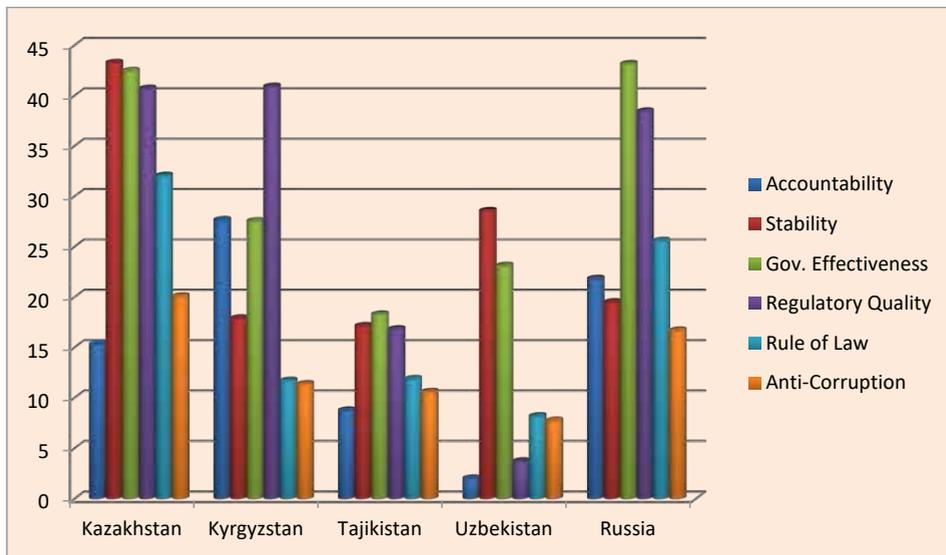
Die dargestellten politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse spiegeln sich auch in der Praxis des Verwaltungsrechts wider: Es gibt noch vergleichsweise wenige verwaltungsrechtliche Klagen (siehe unter Teil IV 2). Vor Gericht behauptet sich der Staat in der Regel gegenüber seinen Bürgern (Ausnahme: Kirgisische Republik). Beschwerde- und Klagerechte erscheinen weder ausreichend ausdifferenziert noch allgemein bekannt. Sie helfen in entscheidenden Situationen, vor allem bei der Untätigkeit von Beamten, oft nicht weiter. Der Rechtsschutz gegen die Entziehung des Eigentums oder die Entschädigung der Bürger bei staatlichen Eingriffen oder rechtswidrigem Handeln von Beamten scheidet oft schon im Ansatz. Rechtsrat

und rechtlicher Beistand vor Gericht ist für die Mehrheit der Bevölkerung unerschwinglich. Rechtshilfe vor Gericht wird in zivil- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten in aller Regel nicht gewährt. Der Zugang zum Recht und die rechtliche Information und Aufklärung der Bevölkerung erscheinen in tatsächlicher Hinsicht nicht sichergestellt.

Schließlich sind für die Entwicklung der Verwaltung abgesehen vom Verwaltungsrecht viele weitere Faktoren von Bedeutung. Das Projekt der Weltbank „The Worldwide Governance Indicators (WGI)“ sammelt seit 1996 aggregierte und individuelle Daten über sechs Dimensionen guter Regierungsführung (Worldwide Governance Indicators):

- 1) Beteiligung und Rechenschaftspflicht (Voice & Accountability);
- 2) Politische Stabilität und Abwesenheit von Gewalt (Political Stability & Absence of Violence);
- 3) Effektivität des Regierens (Government Effectiveness);
- 4) Qualität staatlicher Regulierung (Regulatory Quality);
- 5) Rechtsstaatlichkeit (Rule of Law);
- 6) Antikorruption (Control of Corruption).

Diese Bereiche vermitteln einen ersten, wenn auch oberflächlichen, Eindruck über die staatlichen Rahmenbedingungen. Der Überblick über fünf Jahre (2010–2014) zeigt, dass die Stabilität der Politik und die Effektivität der Verwaltung vergleichsweise gut eingeschätzt werden. Auch die Qualität der staatlichen Regulierung ist mit Ausnahme von Usbekistan und Tadschikistan relativ hoch. Deutliche Defizite zeigen sich aber bei den Rechenschaftspflichten staatlicher Institutionen sowie bei der Rechtsstaatlichkeit und der Kontrolle der Korruption. Mangels Daten aus Turkmenistan wurde mit Russland ein weiteres Land aus der Region zum Vergleich herangezogen. Offenbar schneidet Kasachstan gegenüber Russland nicht schlecht ab, während die anderen Staaten im Vergleich weiter zurückfallen:



Source: *Worldwide Governance Indicators: Country Data Report for Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Uzbekistan, Russia (1996–2014). The data is the average of five years, 2010–2014*

1.3. Allgemeine Verwaltungsgesetze in Zentralasien

Im allgemeinen Verwaltungsrecht gibt es drei grundlegende Gesetze, die für das ganze Verwaltungsrecht mit seinen besonderen Materien (Polizei- und Ordnungsrecht, kommunales Recht, Baurecht, Sozialrecht, Recht des öffentlichen Dienstes/Beamtenrecht usw.) von zentraler Bedeutung sind bzw. den Anspruch erheben, allgemeine Geltung zu besitzen:

- 1) das Gesetz über das Verwaltungungsverfahren;
- 2) das Prozessgesetz zum gerichtlichen Verfahren in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten;
- 3) der Kodex über administrative Rechtsverletzungen.

Diese Gesetze sind zum Teil aufeinander bezogen, zum Teil aber auch nicht: Das erste schafft zugunsten des Bürgers die Grundlagen für gesetzmäßiges Verwaltungshandeln. Das zweite setzt die Geltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften gegenüber dem Bürger unter Androhung von Sanktionen durch. Das dritte bietet dem Bürger wiederum Rechtsschutz vor Gericht, falls seine Beschwerde bei der Behörde erfolglos bleibt (oder von Anfang an aussichtslos erscheint). Das Verwaltungungsverfahren und der sich möglicherweise hieran anschließende gerichtliche Prozess stehen im engen Zusammenhang. Allerdings ist auch der gerichtliche Schutz gegen Verfügungen des Ordnungsrechts von größerer Bedeutung. Die folgende Tabelle verdeutlicht die Aufgaben und Funktionen der drei genannten Gesetze. Das Schaubild 1 illustriert hieran anschließend das Ungleichgewicht zwischen der Anwendung des Ordnungsrechts zugunsten der Exekutive und dem individuellen Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln für den Bürger.

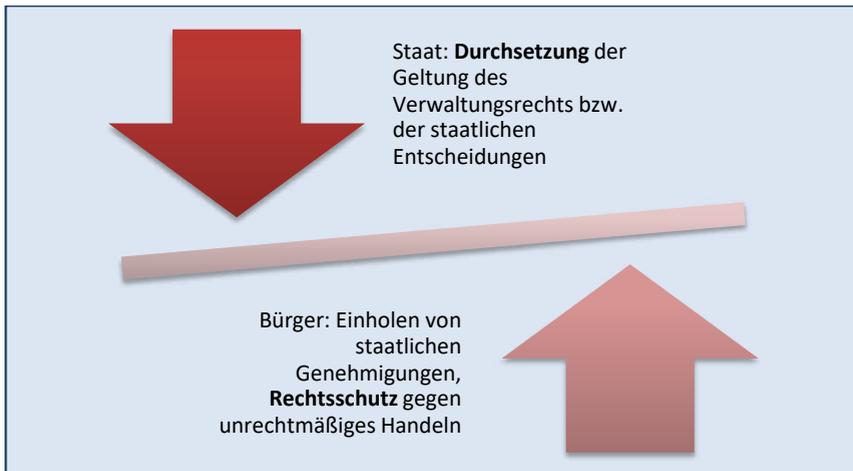


Schaubild 2. Verwaltungsrecht als Recht des Staates oder als Recht des Bürgers?

Erläuterung des Schaubilds: In zentralasiatischen Verwaltungsrecht ist das Recht der Ordnungswidrigkeiten zur Durchsetzung von Vorschriften gegenüber dem Bürger stärker entwickelt als das Recht des Verwaltungsverfahrens, das dem Bürger Beteiligungs- und Informationsrechte gewährt, und insbesondere als der gerichtliche Rechtsschutz gegenüber dem Staat und seinen Organen vor Gericht. Das deutet auf eine Ungleichheit von Staat und Bürger vor Gericht hin.

Tabelle 3

	(1) Verfahrensrecht	(2) Prozessrecht	(3) Ordnungsrecht
Aufgabe	Rahmengesetz zur Formulierung von Mindestanforderungen an das Verfahren der verschiedenen Verwaltungsbehörden, an das diese sich beim Erlass von Verwaltungsakten oder bei sonstigem Handeln der Behörden halten müssen.	Prozessuales Gesetz zum Klageverfahren in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten vor Gericht, entweder als Teil des Zivilprozesskodex, oder als eigenes prozessuales Gesetz oder als Teil eines allgemeinen „Verwaltungs-skodex“.	Kodex mit einem allgemeinen Teil, der Definitionen, Regeln und Verfahrensvorschriften enthält, und einem besonderen Teil mit einem Katalog von Ordnungswidrigkeiten („kleines Strafrecht“, Ahndung nicht-krimineller Gesetzesverstöße)
Funktion	Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit des Handelns von staatlichen Verwaltungsbehörden	Rechtsschutz des Bürgers vor Gericht gegen Handlungen und Entscheidungen der Verwaltung	Sanktionierung von Ordnungswidrigkeiten von Bürgern und juristischen Personen
Inhalt	durch Festlegung von Grundsätzen und Regeln für das Verwaltungsverfahren und die genaue Definition des Verwaltungsaktes u. a. Entscheidungsformen	durch Beschreibung der Klagevoraussetzungen und Klagearten sowie der Grundsätze für die Gerichte in öffentlichen Streitigkeiten	durch Regelung des Bußgeldverfahrens und weiterer Sanktionen sowie die Bestimmung von Tatbeständen von Ordnungswidrigkeiten
Folge	Erlass / Ablehnung eines Verwaltungsaktes, und bei Widerspruch: entweder stattgebende Entscheidung der Behörde, oder Zurückweisung und ggf. anschließendes gerichtliches Verfahren	Verurteilung der Verwaltungsbehörde zur Aufhebung eines Verwaltungsaktes, oder zur Erteilung einer Genehmigung durch neuen Verwaltungsakt, oder zur Entschädigung des Klägers bei rechtswidrigem Handeln der Verwaltungsbehörde	Verwarnung, Bußgeldbescheid, Beschlagnahme von Gegenständen, Verwaltungsarrest, Abschiebung ins Ausland, Entziehung einer Genehmigung, Disqualifikation usw

Ausschlaggebend ist jedoch nicht allein die Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen. Auch die Qualität der Rechtsaufsicht durch die übergeordneten Behörden, die rechtliche Information und Aufklärung der Bürger, die Presseberichterstattung, die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit und das Selbstverständnis der Exekutive spielen eine wichtige Rolle. Hier bestehen in den Staaten Zentralasiens wie dargestellt Defizite, die sich als mehr oder weniger große Hindernisse für den Zugang zum Recht erweisen.

Trotz der teilweisen Einführung neuer allgemeiner Verwaltungsgesetze ist die gesetzgeberische Entwicklung in allen fünf zentralasiatischen Staaten noch nicht abgeschlossen (siehe Teil II, III). Diese Aussage trifft vor allem auf das Verwaltungsverfahren und die Ausgestaltung der Regeln für den gerichtlichen Prozess in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zu. Hier liegen die größten Reformaufgaben, denn sie sind mit der Einführung und Implementierung eines substantiell neuen Verwaltungsrechts verbunden, das erstens Rechtspositionen der Bürger begründet, zweitens Aufklärungs-, Begründungs- und Schutzpflichten des Staates zugunsten der Bürger anerkennt und drittens dem individuellen Rechtsschutz der Bürger mehr Bedeutung beimisst.

Die großen Kodizes des Ordnungsrechts sind demgegenüber zwar mehrfach Gegenstand von Gesetzesänderungen gewesen, ohne dass dieses jedoch größere Auswirkungen auf die Verbesserung des Rechtsschutzes oder der Rechtslage der Bürger gehabt hätte. Die Reformdiskussionen und Änderungen im Recht der Ordnungswidrigkeiten betrafen z. B. die Frage der Flexibilisierung der Sanktionen (z. B. mehr Verwarnungen) oder die Einbeziehung von juristischen Personen, zum großen Teil aber auch die überfällige Bereinigung von vollkommen überholten Tatbeständen und die schrittweise Erhöhung der Bußgelder im Interesse der Wirksamkeit des Ordnungsrechts.

Während die kirgisische Republik (2004) und Tadschikistan (2007) bereits ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz eingeführt haben, das im Falle Tadschikistans sogar ein Kapitel über den gerichtlichen Prozess mit neuen Klagearten enthält, befindet sich Kasachstan noch im Prozess der Ausarbeitung neuer Gesetzgebung (vgl. unten Teil II). Usbekistan hat die betreffenden Gesetzentwürfe nach ihrer Ausarbeitung 2008–2009 wieder verworfen, so dass hier die Rechtslage derjenigen in Turkmenistan gleicht: Es existieren lediglich die aus Zeiten der Sowjetunion stammenden, mehrfach geänderten Kodizes des Ordnungsrechts sowie die allgemeinen Zivilprozessgesetze, die Sonderregelungen zum Klageverfahren in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten enthalten.

Es ist inzwischen offensichtlich geworden, dass diese Sonderregelungen in ihrer Kürze und Unbestimmtheit nicht mehr den modernen Anforderungen an die Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten vor Gericht genügen. Die Regeln zu Prozessgrundsätzen und Prozessbeteiligten, zur Klagebefugnis und zu den verschiedenen Klagearten, aber auch die Vorschriften über die Entscheidungsbefugnisse des Gerichts entstammen dem Zivilprozess sowjetischer Prägung. Sie tragen den Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten nur unzureichend Rechnung und setzen die Prozessmaximen nicht mit klaren Bestimmungen über die Rechte und Pflichten der Parteien des Prozesses um. Für die verschiedenen Situationen (Anfechtungsklage, Verpflichtungsklage, Untätigkeitsklage, Schadenersatzklage usw.) fehlen die entsprechenden Vorschriften, die es ermöglichen, zielgerichtet präzise Klageanträge zu stellen.

Zusätzlich gibt es in den zentralasiatischen Staaten die Gesetze über Eingaben, Anträge und Beschwerden der Bürger bei staatlichen Organen. Sie sind auf die entsprechende Gesetzgebung Russlands und der Sowjetunion zurückzuführen. Dieses stellte zwar damals trotz seines weitgehend deklaratorischen Charakters und der Ähnlichkeit mit dem traditionellen sowjetischen Petitionsrecht eine gewisse Neuerung dar. Es ist aber heutzutage wegen seiner vielen Unbestimmtheiten und der offenen Fragen in Bezug auf weitergehenden Rechtsschutz überholt. Es ist daher zu empfehlen, es mit den neuen Gesetzen einer modernisierten Verwaltung in Übereinstimmung zu bringen.

Das folgende **Schaubild** sieht die zentralen Verwaltungsgesetze unter dem Aspekt des Rechtsschutzes. Es verdeutlicht, dass die aufgeführten allgemeinen Verwaltungsgesetze sowie auch die gesetzliche Ausgestaltung der besonderen Verwaltungsverfahren maßgeblichen Einfluss auf den individuellen Rechtsschutz des Bürgers im Bereich des Verwaltungsrechts haben. Der Rechtsschutz des Bürgers ist wiederum nach den verschiedenen Stadien zu unterscheiden, in denen die Bürger ihre Rechte verfolgen und geltend machen:

- a) Rechtsberatung, Rechtshilfe;
- b) Vorgerichtliches Widerspruchsverfahren: Antrag auf Erlass oder Anfechtung eines VA;
- c) Gerichtlicher Prozess: Verpflichtungsklage, Anfechtungsklage, Schadenersatzklage usw;



Schaubild 3. Die Bedeutung der allgemeinen Verwaltungsgesetze für den Rechtsschutz

- d) Rechtsbehelfe gegen die Vollstreckung von VA (vorgerichtlich und gerichtlich);
- e) Verfassungsrechtliche Klagen, Normenkontrolle.

Die relevanten Fragen zum Rechtsschutz sind:

- Wie weit reicht der Rechtsschutz? Führt er zu konkreten Urteilssprüchen?
- Wie viel kostet er? Wer kann sich den Rechtsschutz leisten?
- Ist der Rechtsschutz einheitlich oder bestehen viele besondere Verfahrensarten?
- Bei vielen Verwaltungsverfahren: Werden die rechtsstaatlichen Mindeststandards eingehalten?

Erwähnenswert ist darüber hinaus, dass neben den bekannten gesetzgeberischen Defiziten auch der tatsächliche Zugang zu Recht zu wenig staatlich gefördert wird (vgl. *Sustainable Development Goal 16* der Agenda 2030 der Vereinten Nationen). Die mehr oder weniger vorhandenen Systeme für staatliche Hilfestellung bei der Rechtsberatung und Prozessvertretung beschränken sich für das Zivil- und Verwaltungsrecht auf wenige Ausnahmefälle (z. B. familienrechtliche Unterhaltsklagen, arbeitsrechtliche Kündigungsklagen) und eng definierte Gruppen von Hilfsbedürftigen (z. B. Flüchtlinge, Jugendliche, Menschen mit Behinderungen usw.) (Gramatkov, Kabir, 2013: 38–39). Für sozial schwache Parteien wäre über die mögliche Befreiung von Gerichtskosten hinaus eine aktive Prozessvertretung erforderlich, um Rechte wirksam geltend machen zu können.

1.4. Exemplarische Untersuchung des kirgisischen und tadschikischen Verwaltungsverfahrensgesetzes

Die folgende Tabelle bietet eine kurze Zusammenfassung der in den neuen Verwaltungsverfahrensgesetzen der Kirgisischen Republik und Tadschikistan enthaltenen Regelungen, die für die Beteiligung des Bürgers am Verwaltungsverfahren und den individuellen Rechtsschutz von zentraler Bedeutung sind. Der Vergleich zeigt, dass beide Gesetze in wichtigen Punkten übereinstimmen. Das tadschikische Gesetz beinhaltet darüber hinaus auch ein kurzes Kapitel zum gerichtlichen Verfahren. Beide Gesetze lassen sich auf Vorbilder aus West- und Osteuropa zurückführen (Tisch 4).

Aus der vergleichenden Tabelle ergibt sich, dass beide Verwaltungsverfahrensgesetze im Unterschied zum Gesetz Kasachstans aus dem Jahr 2000 (Porokhov, 2011⁵) viele rechtsstaatliche Neuerungen enthalten, die bei entsprechender Beachtung und Anwendung ein faires und rechtsstaatliches Verfahren ermöglichen. Es gibt aber auch Regelungen, die sich sehr zum Vorteil der Verwaltung gebrauchen lassen:

Während beim vereinfachten Verfahren von Tadschikistan nicht ganz klar ist, ob das Recht auf Gehör bei belastenden Verwaltungsakten tatsächlich gegeben ist, sichert das kirgisische Gesetz dem Bürger einen bestimmenden Einfluss auf den Gang des Verfahrens und schreibt zumindest für belastende Verwaltungsakte eine klare aufschiebende Wirkung vor. Die betreffenden Regelungen des tadschikischen Gesetzes ermöglichen in vielen Fällen die Versagung der aufschiebenden Wirkung bzw. räumen der Behörde aufgrund ihrer Unbestimmtheit ein fast grenzenloses Ermessen ein. Zudem ermöglicht das tadschikische Gesetz der Verwaltung, die Klage nicht anzunehmen, wenn nach ihrer Ansicht bereits über die Angelegenheit entschieden wurde. Andererseits enthält das

⁵ Er spricht für die Übernahme rechtsstaatlicher Grundsätze zur Vermeidung staatlicher Willkür und für die grundlegende Regelung des Verwaltungsaktes.

Tabelle 4

	Kirgisische Republik	Tadschikistan
Handlungsformen des VwVfG	VA	VA (einzelfallbezogen / individuell und normativ)
Verfahrensarten des VwVfG	3 Arten: persönlicher Empfang, vereinfachtes Verfahren, mündliche Verhandlung (Verfahrendauer grundsätzlich 30 Arbeitstage)	3 Arten: einfaches Verfahren, formelles Verfahren mit mündlicher Verhandlung, öffentliches Verfahren für einen unbegrenzten Personenkreis (Verfahrendauer unterschiedlich: 15 bzw. 30 Tage, normativer VA: 2 Monate)
Ablehnung einer Amtsperson wegen Befangenheit	ja, aber kein Rechtsschutz gegen die Entscheidung des Vorgesetzten	ja, aber kein Rechtsschutz gegen die Entscheidung des Vorgesetzten der betreffenden Amtsperson
Anhörung, Akteneinsicht	ja	ja, aber eingeschränkt
Zugang/Zustellung des VA für seine Geltung nötig	ja	ja
Bestandskraft/Gültigkeit eines rw VA	nein, ein rechtswidriger VA ist unwirksam	ja, Rücknahme/Aufhebung durch VA
Vertrauensschutz bei der Aufhebung von VA	nein, evtl. allgemeine Haftung	ja, bei Rücknahme vorgesehen
Rechtsstaatliche Grundsätze normiert	ja	ja, aber z. T. verkürzt (Bsp. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)
Widerspruchsverfahren bei Verwaltungsbehörden	ja, obligatorisch	ja, fakultativ
Widerspruchsbehörde	erlassende Behörde oder übergeordnete Behörde	erlassende Behörde oder, bei VA des Behördenchefs, übergeordnete Behörde
Widerspruchsfrist	30 Arbeitstage	1 Monat
Suspensiv effekt von Rechtsmitteln	bei Entziehung von Rechten ja	grundsätzlich ja, aber einige sehr unbestimmte Ausnahmen
Vorläufiger Rechtsschutz	nein	nein
Vollstreckung, Zwangsmittel	ja, Geldbuße oder Ersatzvornahme, Vollstreckung durch die Behörde	ja, Geldbuße oder Ersatzvornahme, Vollstreckung durch die Behörde
Verwaltungsgerichtsbarkeit	nein, allgemeine Gerichte	nein, allgemeine Gerichte
Entscheidungsbefugnisse des Gerichts	spezielle Regelungen zu den verschiedenen Klagearten	spezielle Regelungen zu den verschiedenen Klagearten

tadschikische Gesetz im Unterschied zum kirgisischen genauere Regeln zum Bestandschutz des Verwaltungsaktes und gewährt bei der Rücknahme des Verwaltungsaktes Vertrauensschutz.

Beide Gesetze scheinen in der täglichen Praxis der Verwaltungsbehörden vorerst längere Zeit nicht oder kaum angewendet worden zu sein. Zu diesem Ergebnis ist jedenfalls für die Kirgisische Republik bereits im Jahr 2008 die Untersuchung einer Arbeitsgruppe gekommen, die sich aus Vertretern staatlicher Einrichtungen zusammensetzte und eine Vielzahl von Behörden befragte⁶. Nicht eine von 22 befragten Behörden oder Ministerien hatte das neue Gesetz überhaupt auch nur aufgeführt als normative Grundlage der täglichen Arbeit. Als Gründe für die Nichtanwendung sind nachträglich genannt worden:

- 1) Das Gesetz war unter den meisten Beamten tatsächlich nicht bekannt;
- 2) Weder die Ausbildung noch die Fortbildung der Beamten hat sie auf die Anwendung des Gesetzes vorbereitet;
- 3) Die weiteren Verwaltungsgesetze, die mit dem neuen Verwaltungsverfahrensgesetz im Zusammenhang stehen, enthalten keine Verweisungen auf dieses, so dass sie isoliert angewendet werden. Insbesondere gibt es keine Verweisungen auf das Widerspruchsverfahren, das durch das neue Verwaltungsverfahrensgesetz eröffnet wird;
- 4) Auch die Bürger und Antragsteller waren über das neue Verwaltungsverfahrensgesetz nicht informiert. Sie wurden außerdem häufig nicht über Zeit und Ort des Verwaltungsverfahrens informiert, wenn sie einen Antrag gestellt hatten;
- 5) Fünftens ist behauptet worden, dass die Bestimmungen des kirgisischen Verwaltungsverfahrensgesetzes seinen Anwendungsbereich zu sehr eingrenzen (vgl. Art. 2), so dass es auf viele Sachverhalte des öffentlichen Rechts von vornherein nicht anwendbar erscheint.

Der Kritik ist hinzuzufügen, dass der Begriff des Verwaltungsakts in vieler Hinsicht noch unklar geblieben ist. Hierin liegt nicht nur eine Aufgabe des Gesetzgebers, sondern auch der verwaltungsrechtlichen Dogmatik. Die gegenwärtigen Prozessgesetze knüpfen daher kaum an die Figur des Verwaltungsaktes an, obgleich er in den meisten Fällen der Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens ist. Für das tadschikische Verwaltungsverfahrensgesetz liegt noch keine entsprechende Untersuchung vor; es gibt jedoch zahlreiche Hinweise auf eine ähnliche Situation wie in der Kirgisischen Republik, d. h. insbesondere darauf, dass auch dieses Gesetz bisher keine nennenswerte Wirkung entfaltet hat. Fazit: Nicht allein in der gesetzlichen Regelung, sondern vor allem in ihrer Umsetzung liegen die Schwierigkeiten.

2. Erste Ergebnisse von Verwaltungsjustizreformen

2.1. Zentralasien

Auf regionaler Ebene in Zentralasien lassen sich keine konkreten Ergebnisse von verwaltungsrechtlichen Reformen ausmachen. Dies ist zum einen der Tatsache geschuldet, dass es aus gemeinsamer sowjetischer Zeit keine fortwirkende und damit überarbeitungsbedürftige Kodifizierung des Verwaltungsverfahrens- oder Verwaltungsprozessrechts geben würde. Darüber hinaus ist im Bereich des Verwaltungsrechts, anders als

⁶ Zum Nachweis siehe Turar Bekbolotov „Anwendungsprobleme des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren“ sowie den Zeitungsartikel „Nicht gelernte Lektionen der staatlichen Verwaltung und der Antikorruption“ in „Offenes Kirgistan“ vom 29.08.2012.

in anderen Bereichen, wie etwa im Zivilrecht oder Aktienrecht, auch keine Initiative zur Bearbeitung im Rahmen der GUS zu beobachten. So gab und gibt es keine GUS- oder auch nur zentralasienübergreifenden Arbeitsgruppen zur Erarbeitung gemeinsamer regionaler Gesetzesmusterentwürfe.

Alle bisherigen Entwicklungen sind – soweit es solche bisher überhaupt gab – strikt national.

2.2. Kasachstan

In Kasachstan hat die Reformierung des Verwaltungsverfahrens- und -prozessrechts inzwischen wieder Fahrt aufgenommen, nachdem ein im Jahr 2011 vom Unterhaus des Parlaments bereits beschlossener Gesetzesentwurf, der das Ordnungswidrigkeitenrecht mit dem Verwaltungsprozessrecht zusammen neu regeln sollte, vom Oberhaus (Senat) gestoppt wurde und seitdem das Rechtsgebiet vom Gesetzgeber unbeachtet blieb.

Eine Rechtsfortentwicklung fand seitdem praktisch nur im prozessualen Bereich und nur richterrechtlich statt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Verordnung des Obersten Gerichts der Republik Kasachstan zur Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten⁷ zu erwähnen, die genauere Vorgaben – die teilweise auch modern orientiert sind – zur Behandlung der Streitigkeiten nach Kapitel 27 der Zivilprozessordnung, mithin der meisten Verwaltungsstreitsachen macht. Dies war jedoch von Anfang an als vorläufiger Zustand anzusehen, der nur bis zu einer gesetzlichen Regelung des Verwaltungsprozesses andauern kann. Zur neuen Entwicklung siehe unten III. 2a).

2.3. Kirgisien

Kirgisien hat bereits beachtliche Reformerfolge im Bereich des Verwaltungsrechts erzielt. Hierzu gehört zweifellos die neue Fassung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, die nunmehr auch im Mai 2016 in Kraft getreten ist. Hiermit wird das kirgisische allgemeine Verfahrensrecht weiter an europäische Standards angenähert. Es gibt jedoch auch durchaus Besonderheiten, die gegenüber dem vorherigen Gesetz beibehalten oder gar ausgebaut wurden und etwa anders als in Deutschland oder Österreich geregelt sind.

Hierzu gehört etwa die Aufnahme der einzelnen Verfahrensprinzipien in das Gesetz. Während diese in Deutschland und Österreich in jahrzehntelanger Praxis durch die Rechtsprechung herausgebildet wurden, besteht in Kirgisien – wie generell im postsowjetischen Raum – offenbar nach wie vor ein hohes Bedürfnis, möglichst viel im Gesetzestext selbst festzulegen. Dahinter steht die Erwartung, dass die Verfahrensprinzipien bei einer schriftlichen Fixierung im Gesetzestext eine höhere faktische Durchschlagskraft haben bzw. dass sie einfach stärker von den Rechtsanwendern beachtet werden.

Eine zu begrüßende Neuerung der Novellierung besteht in der Aufgabe des fakultativen Charakters des Widerspruchsverfahrens. Entsprechend der bisherigen Rechtslage war in Art. 44 VwVfG (alt) vorgesehen, dass das Widerspruchsverfahren für den Beschwerdeführer fakultativ ist, dieser also frei wählen kann, ob er ein behördliches Widerspruchsverfahren und anschließend gegebenenfalls ein gerichtliches Verfahren durchführen möchte oder sich sofort an das Gericht wenden will. Nach Art. 65 Abs. 1 des neuen Gesetzes ist zuerst das behördliche Widerspruchsverfahren durchzu-

⁷ Normativrechtsverordnung des Obersten Gerichts der Republik Kasachstan vom 24. Dezember 2010 (№ 20) „Über einige Fragen der Anwendung der Normen des Kapitels 27 der Zivilprozessordnung der Republik Kasachstan durch die Gerichte“.

führen und erst anschließend kann sich der Beschwerdeführer an das Gericht wenden. Diese Neuerung ist uneingeschränkt zu begrüßen, da hiermit das Verfahren insgesamt nicht nur effektiver wird (Selbstkorrektur der Verwaltung und Entlastung der Gerichte), sondern auch rechtsschutzintensiver (zwingende Prüfung von Recht- und Zweckmäßigkeit, die bei sofortiger Klageerhebung entfallen würde).

2.4. Tadschikistan

In Tadschikistan gab es Bemühungen, das Gesetzbuch über das Verwaltungsunrecht zu modernisieren und in diesem Zusammenhang um Vorschriften zum Verwaltungsprozess zu ergänzen. Im Jahr 2010 wurde eine entsprechende Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des Gesetzesentwurfs mit Unterstützung der Deutschen Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ) gegründet. Die Arbeitsgruppe, die in den Entwurf bereits Vorschriften zur Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten aufgenommen hatte, entschied sich jedoch Ende 2010 dafür, beide Themenbereiche zu trennen und insofern ausdrücklich dem kasachischen Beispiel zu folgen. Der 2011 ins Parlament eingebrachte Gesetzesentwurf kann daher eher als ein modernisiertes Ordnungswidrigkeitenrecht bezeichnet werden.

Bereits reformiert ist hingegen das Verwaltungsverfahrenrecht, das jedoch – wie oben bereits erwähnt – unter erheblichen Anwendungsdefiziten leidet. Neue Schritte zur Schaffung eines Verwaltungsprozessrechts stehen noch aus.

2.5. Turkmenistan

In Turkmenistan wurde in den Jahren 2014–2015 mit beratender Unterstützung der GIZ eine neue Zivilprozessordnung erarbeitet, die auch in einem besonderen Kapitel Vorschriften zur Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten vorsieht. Diese neue Zivilprozessordnung ist unter Ablösung der noch aus sowjetischen Zeiten stammenden alten ZPO im Juli 2016 in Kraft getreten.

Darüber hinaus wurde auf eine programmatische Rede des Staatspräsidenten hin Anfang 2016 bei dem Parlament eine Arbeitsgruppe, in die auch Mitarbeiter und Experten der GIZ aufgenommen wurden, gegründet, die derzeit auf der Grundlage des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes ein turkmenisches VwVfG erarbeitet. Hierbei wird ausdrücklich turkmenischen Besonderheiten beziehungsweise solchen im postsovjetschen Raum Rechnung getragen. Dies betrifft zum Beispiel die Normierung der wesentlichen Verfahrensprinzipien und die ausführlichere Niederlegung relativ neuer verfahrensrechtlicher Prinzipien, wie etwa das Amtsermittlungsprinzip oder das Prinzip des Vertrauensschutzes.

2.6. Usbekistan

In Usbekistan gibt es – abgesehen von einigen Änderungen im Recht der Ordnungswidrigkeiten – keine nennenswerten Reformen im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts. Das bereits entworfene Verwaltungsverfahrensgesetz ist im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess liegengeblieben und nicht in Kraft getreten. Nunmehr wird ein Neuanlauf zu dessen Überarbeitung und erneuter Einbringung in das Parlament unternommen⁸. Hier ist zwischenzeitlich ein Entwurf weitgehend fertiggestellt, der rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht. Das genaue Schicksal dieses Entwurfs,

⁸ Näher hierzu unter III. 2. e).

etwa wann er in das Parlament eingebracht werden und wann er in Kraft treten soll, sind derzeit insbesondere vor dem Hintergrund der politischen Veränderungen an der Staatsspitze völlig unklar.

Der Verwaltungsprozess läuft in Anlehnung an sowjetische Traditionen gemäß den Vorschriften der Zivilprozessordnung. Reformbemühungen hierzu waren bisher nicht ersichtlich; zuletzt wurde jedoch auch in diesem Bereich die Gründung einer Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines entsprechenden Entwurfs angekündigt. Sogar die Gründung eigenständiger Verwaltungsgerichte wurde staatlicherseits ins Spiel gebracht.

3. Kritische Bestandsaufnahme laufender Reformen und Planungen für künftige Reformen im Bereich des Verwaltungsrechts

3.1. Zentralasien insgesamt unter Berücksichtigung des Konzeptes und Modellgesetzes zum Verwaltungsprozess

3.1.1. Formelle und informelle Modelle

Zentralasien als Region ist derzeit nicht durch einheitliches Voranschreiten im Bereich verwaltungsrechtlicher Reformen gekennzeichnet. Es gibt zwar eine gemeinsame sowjetische Vergangenheit, deren Fortentwicklungen jedoch in unterschiedlichen Richtungen und auch in unterschiedlicher Geschwindigkeit ablaufen.

Hierfür gibt es mindestens drei Gründe. Erstens sind die politischen Beziehungen zwischen den zentralasiatischen Ländern nicht überall gleich gut. Teilweise bestehen deutliche Spannungen, die zwar nicht im rechtlichen Bereich begründet worden sind, sich jedoch auf ihn erheblich auswirken. Teilweise schließt dies bereits eine Zusammenarbeit – etwa in Form gemeinsamer Arbeitsgruppen zur Erarbeitung grenzüberschreitender Gesetzesentwürfe – aus.

Zweitens fällt im Bereich des Verwaltungsrechts Russland als ordnender Faktor beziehungsweise als Vorbild weitgehend aus. Während die baltischen Republiken und die postsowjetischen Republiken des Südkaukasus bereits Reformen des Verwaltungsverfahrens- und -prozessrechts nach deutschem bzw. europäischem Vorbild durchgeführt haben, sind in Russland erst in jüngster Zeit Reformbemühungen wahrnehmbar. So ist Ende 2015 etwa ein Verwaltungsprozesskodex in Kraft getreten, der bereits einige Elemente einer Verwaltungsjustiz europäischer Prägung aufnimmt, aber sicherlich nicht als Vorbild für Zentralasien taugt. Hierfür käme er im Übrigen auch zu spät, da die zentralasiatischen Republiken teilweise deutlich früher begonnen haben, Reformüberlegungen anzustellen.

Drittens gibt es im Bereich des Verwaltungsrechts – im Unterschied zu anderen Rechtsbereichen – auch keine Modellgesetzgebung für den Bereich der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten (GUS), der alle zentralasiatischen Republiken angehören⁹. Schaut man etwa auf den Bereich des Zivilrechts, so gibt es ein entsprechendes Modellgesetz, das den Rahmen für die Zivilgesetzbücher aller GUS-Länder vorgibt, der insbesondere von den zentralasiatischen Republiken weitgehend übernommen wurde (Knieper et al., 2010). Auch für größere Novellen kommen die Mitgliedsstaaten zusammen, um den Gleichklang in der Rechtsfortschreibung sicherzustellen¹⁰.

⁹ Turkmenistan nur mit eingeschränktem Teilnehmerstatus.

¹⁰ Vgl. etwa die derzeitigen Bemühungen zur Reformierung des Modellgesetzes zum Zivil-

Damit scheidet auch ein formelles Modell zur Sicherung einheitlicher Rechtsentwicklung im Verwaltungsrecht aus.

3.1.2. Konzeption und Modellgesetz für ein Verwaltungsprozessrecht in Zentralasien

Mangels einigender oder ordnender Rahmen hat das von der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung Deutschlands (BMZ) durchgeführte Regionalprogramm „Förderung der Rechtsstaatlichkeit in Zentralasien“, das in allen fünf zentralasiatischen Ländern bereits mehr als fünfzehn Jahre präsent ist und die Partner vor Ort bei Justizreformen unterstützt, beschlossen, eine Konzeption einschließlich ausformulierter Modellnormen zur Schaffung eines Verwaltungsprozessgesetzes auszuarbeiten. Gleiches ist zwischenzeitlich für den Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts geschehen.

3.1.2.1. Verwaltungsprozess

Da das Verwaltungsprozessrecht in den zentralasiatischen Ländern längere Zeit dem sowjetischen Vorbild folgte und in den jeweiligen Zivilprozessordnungen als besonderer Verfahrensgang geregelt wurde, bestand praktisch keine Möglichkeit zur Anknüpfung an eigene gesetzgeberische Erfahrung beim Neuaufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zwar haben einige Staaten im postsowjetischen Raum außerhalb Zentralasiens bereits ihr Verwaltungsprozessrecht nach europäischem Vorbild reformiert. Allerdings sind hierbei die Vorgehensweisen sehr unterschiedlich, so dass sie kaum als Modell taugen. So haben etwa Georgien (Winter, 2010) und Armenien weitgehend das deutsche Modell übernommen; 2011 ist Aserbaidzhan gefolgt. Im Baltikum gibt es dagegen teilweise andere Ansätze. So hat etwa Lettland Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in einem Gesetz zusammengefasst (ähnlich wie in den Niederlanden), ist dabei jedoch der Abkehr von der Behandlung von Verwaltungsrecht als Verwaltungsunrecht eindeutig gefolgt.

Vor diesem Hintergrund und eingedenk der gemeinsamen sowjetischen Vergangenheit der zentralasiatischen Staaten und in Betracht ziehend, dass eine überregional einheitliche oder ähnliche Entwicklung aus europäischer Sicht wünschenswert erscheint, ist die von der GIZ erarbeitete Konzeption einschließlich Modellnormen den jeweiligen nationalen Arbeitsgruppen in den zentralasiatischen Ländern zur Verfügung gestellt worden, um gleichsam als Muster beziehungsweise Arbeitsgrundlage zu dienen. Sowohl Konzeption als auch Modellnormen folgen dabei im Wesentlichen folgendem Aufbau:

1) Zunächst werden allgemeine Grundsätze eines rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Verwaltungsprozesses formuliert. Im Hinblick auf die in den zentralasiatischen Ländern fest verwurzelte gesetzgeberische Tradition aus Sowjetzeiten sollen die ausformulierten Prinzipien auch in konkrete Normen Eingang finden. Dies entspricht der praktischen Erfahrung aus anderen zentralasiatischen Prozessreformen: je konkreter die allgemeinen Grundsätze im Normtext selbst ausformuliert sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit ihrer Anwendung in der Praxis. Neben den üblichen und auch in Zentralasien formal allgemein anerkannten Prinzipien (Gerechtigkeit,

recht.

Öffentlichkeit etc.) wird besonderes Augenmerk auf den Amtsermittlungsgrundsatz (Inquisitionsmaxime) gelegt. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zum Zivilprozess, nach dessen Grundsätzen öffentlich-rechtliche Streitigkeiten heute noch weitgehend behandelt werden;

2) In einem 2. Abschnitt werden die möglichen Verfahrensbeteiligten (und ihre Abschlussgründe) behandelt. Dabei geht die Konzeption davon aus, dass die Staatsanwaltschaft, die selbst im Zivilprozess in Anknüpfung an sowjetische Traditionen noch eine erhebliche Rolle spielt („Aufsichtsfunktion“), faktisch nicht ausgeschlossen werden kann. Jedenfalls derzeit wären solche Pläne nicht durchsetzbar. Insofern geht es vor allem darum, die Staatsanwaltschaft so einzubinden, dass der verwaltungsrechtliche Individualrechtsschutz gestärkt und stellenweise erweitert wird, andererseits allerdings eine allgemeine Rechtmäßigkeitsaufsicht abgelehnt wird;

3) Im dritten Abschnitt werden Klagearten definiert. Dabei wird ein an das deutsche Modell angelehnter, jedoch teilweise modifizierter Ansatz gewählt. Modifikationen ergeben sich insbesondere dort, wo es darum geht, übermäßige Kompliziertheit zurückzuführen oder auf spezifisch zentralasiatische Gegebenheiten Bezug zu nehmen. Im letzteren Sinne wird etwa die Einführung einer Ablehnungsklage angeboten, mit der die Kläger bereits vor Ergehen einer Verwaltungsentscheidung eine andere Besetzung des Entscheidungskörpers erwirken können. Dies kann insbesondere in clangeprägten Gesellschaften, zu denen die Zentralasiens gehören, ein entscheidender Vorteil sein. Der Rechtsschutz wird nicht vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes abhängig gemacht, knüpft an ihn als zentrale Figur des Verwaltungsverfahrensrechts jedoch an. So können mit einer Leistungsklage Verwaltungsakte aber auch sonstige Verwaltungshandlungen („Realakte“) erstritten und mit einer Aufhebungsklage aufgehoben werden. Wichtig ist hierbei im Sinne der Effektivität von Rechtsschutz die kassatorische Wirkung des einen Verwaltungsakt aufhebenden Urteils, das keiner weiteren behördlichen Umsetzung (und folglich auch keiner Überwachung der Umsetzung) bedarf;

4) In einem weiteren Abschnitt werden die Rechtsmittel behandelt. Dabei wird davon ausgegangen, dass verwaltungsgerichtliche Entscheidungen sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht überprüfbar sein müssen. Zur Stärkung der Effizienz ist jedoch die zweite Überprüfungsinstanz („Kassation“) als reine Rechtskontrolle auszugestalten. Wichtig ist die Abschaffung einer Aufsichtsinstanz, die selbst letztinstanzliche Entscheidungen, die in Rechtskraft getreten sind, noch für geraume Zeit nachträglich wieder aufheben kann. Diese, dem sowjetischen Erbe zuzuschreibende Eigenart schadet massiv der Rechtssicherheit und damit auch dem Investitionsklima im Land;

5) Weiterhin wird die Einführung eines der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle vorgeschalteten verwaltungsbehördlichen Widerspruchsverfahrens dringend angeregt. Entgegen der in Zentralasien weit verbreiteten Ansicht ist es nicht sinnlos und erschwert den Zugang zum gerichtlichen Rechtsschutz. Im Gegenteil: das Widerspruchsverfahren kann die Gerichte entlasten und somit effektiver machen, da kleinere oder formale Fehler problemlos durch die nächsthöhere Verwaltungsbehörde behoben werden können. Darüber hinaus steigt auch die Effektivität des Rechtsschut-

zes der Bürger. Dem Grundsatz der Gewaltenteilung folgend kann er nämlich nur im vorgerichtlichen Widerspruchsverfahren geltend machen, dass das Verwaltungshandeln zwar rechtmäßig, aber unzweckmäßig war. Da die Gerichte Zweckmäßigkeitserwägungen wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung nicht mehr prüfen dürfen, wäre der Bürger ohne ein Widerspruchsverfahren mit ihnen generell ausgeschlossen;

6) Ein weiterer Abschnitt enthält Vorschriften zu den Kosten des Verfahrens, wobei hier allgemeinen Prinzipien gefolgt wird, nach denen der Unterliegende die Kosten des Verfahrens trägt. Andererseits sind auch Besonderheiten zu berücksichtigen, die sich aus den Besonderheiten im Verhältnis Staat-Bürger ergeben. So sind insbesondere Fallgestaltungen zu erfassen, in denen der Bürger Rechtsschutz nur deshalb nachsucht, weil der angegriffene Verwaltungsakt wegen einer unzutreffenden Begründung nicht ersichtlich rechtmäßig war. In derartigen Fällen müssen ausgewogene, von der allgemeinen Regelung abweichende Lösungen gefunden werden.

3.1.2.2. *Verwaltungsverfahrenrecht*

Das Verwaltungsverfahrenrecht ist in den Ländern Zentralasiens im Wesentlichen durch seine Zerstreung auf verschiedene Rechtsakte und Einzelfall-Regulierung durch verschiedene Verwaltungsbehörden geprägt. Diesem Umstand entgegenzuwirken und einer Kodifizierung der allgemeinen verfahrensrechtlichen Regelungen den Weg zu bereiten, ist der Zweck der nunmehr ebenfalls vorliegenden Konzeption einschließlich Modellvorschriften für ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz.

Dieses Gesetz soll für die Mehrheit der Verwaltungsverfahren einheitliche Regeln vorsehen. Es soll etwa regeln:

- 1) den Antrag als Voraussetzung des Verfahrensbeginns bzw. den Verfahrensbeginn in den Fällen, in denen die Behörde ohne Antrag tätig werden darf oder muss;
- 2) den Verwaltungsakt als zentrales Handlungsinstrument der Verwaltung, das letztlich auch für die Gewährung von Rechtsschutz von Bedeutung sein kann;
- 3) Vorschriften, die eine Anhörung vor Erlass belastender Verwaltungsakte vorsehen;
- 4) Verfahrensvorschriften einschließlich möglicher Vorschriften zur Heilung von Verfahrensfehlern, aber auch hinsichtlich der Rücknahme und des Widerrufs von Verwaltungsakten;
- 5) die Beteiligten und Voraussetzungen ihres Ausschlusses vom Verfahren;
- 6) das Zustandekommen der das Verfahren abschließenden Entscheidung oder Handlung;
- 7) ein Widerspruchsverfahren zur vorgerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsakten auf Recht- und Zweckmäßigkeit;
- 8) einheitliche Kostenvorschriften;
- 9) die Zustellung von Bescheiden;
- 10) die Vollstreckung von Verwaltungsakten.

Inwieweit all diese Gesichtspunkte in eine Kodifikation des allgemeinen Verfahrensrechts dann aufgenommen werden sollen oder ob für Einzelbereiche hieraus Spezialgesetze erlassen werden sollen (wie dies etwa für das Verwaltungsvollstreckungsrecht in Deutschland der Fall ist), soll dann den jeweiligen Arbeitsgruppen in den einzelnen Ländern anheimgestellt werden. Idealerweise sollte jedoch angestrebt werden, so viel wie möglich des oben Genannten in einem einzigen Gesetz zu regeln.

3.2. Entwicklungen im Verwaltungsverfahrens- und -prozessrecht in den einzelnen Ländern

3.2.1. Kasachstan

Seit dem Scheitern des 2009 bereits vom Unterhaus des Parlaments verabschiedeten „Verwaltungskodex“, der im wesentlichen das Ordnungswidrigkeitenrecht mit dem Verwaltungsprozessrecht verbinden sollte, sind von staatlicher Seite kaum Anstrengungen unternommen worden, die hier gegenständlichen Rechtsbereiche zu reformieren.

Im Jahr 2011 hat das Institut für Gesetzgebung, das heute eine Untergliederung des Justizministeriums darstellt, einen Referentenentwurf für ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz vorgelegt¹¹. Dieser Entwurf, der modernen europäischen Prinzipien bereits in vielen Bereichen entsprach, wurde jedoch zunächst nicht aufgegriffen, obwohl die internationale Reaktion positiv war.

Das Thema, dass nicht zuletzt auch durch die 2012 in Zusammenarbeit von GIZ und Rule-of-Law-Plattform der Europäischen Union in Astana veranstaltete „Internationale Konferenz zum Verwaltungsrecht“ einer breiteren Öffentlichkeit ins Bewusstsein gerückt wurde, wurde bisher jedoch nicht in den offiziellen Plan der Gesetzgebungsarbeiten aufgenommen; ein sicherer Indikator für die Fragen, mit denen sich das Parlament im kommenden Jahr befassen wird.

Nach den im Vorfeld der Präsidentschaftswahl 2015 durch den Amtsinhaber angekündigten „100 konkreten Schritten“, die auch die Einführung einer Verwaltungsjustiz, das heißt Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht, vorsahen, hat die Gelegenheit jedoch wieder Fahrt aufgenommen. Die zwischenzeitlich beim Justizministerium gegründete Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des Verwaltungsverfahrensgesetzes hat einen Entwurf vorgelegt, der sich einerseits am damaligen Referentenentwurf, im Übrigen aber an üblichen europäischen Standards orientiert.

Insbesondere sieht dieser Entwurf den Verwaltungsakt als zentrale Handlungsform der Verwaltung vor. Der Entwurf regelt im Gegensatz zur bisherigen Gesetzgebung nicht nur dessen Begriff, sondern auch seinen Erlass, seinen Inhalt, seine Begründung und seine Form. Darüber hinaus sieht der Entwurf Regelungen zur Aufhebung von Verwaltungsakten vor, die erstmals das im Rechtsstaatsprinzip ja auch verfassungsrechtlich verbürgte Prinzip des Vertrauensschutzes vollumfänglich berücksichtigt. Die entsprechenden Regelungen stehen denen des deutschen, estnischen oder lettischen Verwaltungsverfahrensrechts in nichts nach. Weiterhin regelt der Entwurf auch Fragen der Zustellung und der Verwaltungsvollstreckung. Der Entwurf sollte dem Vernehmen nach bis Ende des Jahres 2016 allen betroffenen Behörden mit der Möglichkeit um Stellungnahme übersandt und anschließend vervollkommen werden, soweit notwendig. Angestrebt wird eine Aufnahme in den Plan der Gesetzgebungsarbeiten 2017, was auch eine Befassung des Parlaments 2017 ermöglichen würde. Mit einem Inkrafttreten wäre im günstigsten Szenario dann 2018, wahrscheinlicher eher 2019 zu rechnen.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass ein Übergangszeitraum von etwa einem Jahr zwischen Verabschiedung des Gesetzestextes und Inkrafttreten durchaus förderlich sein kann. Diese Zeit sollte genutzt werden, um entsprechende Aus- und Fortbil-

¹¹ Institut für Gesetzgebung der Republik Kasachstan, Referentenentwurf (A.B. Gabassow) zum Verwaltungsverfahrensgesetz, März 2011.

derung der betroffenen Rechtsanwender vorzunehmen. Im Südkaukasus hat man entsprechende, positive Erfahrungen, wie zuletzt etwa in Aserbaidschan.

Die bei dem Obersten Gericht eingesetzte Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Verwaltungsprozessgesetzes hat ebenfalls einen ersten Entwurf erarbeitet, der jedoch eher an bisherige prozessuale Regelungen angelehnt scheint. Dennoch nimmt auch dieser Entwurf bereits eine Reihe moderner Neuerungen auf. Dies betrifft etwa insbesondere die Normierung eigener, typisch verwaltungsrechtlicher Klagearten. Insgesamt besteht hier jedoch der Eindruck des Nachbesserungsbedarfs, dem auch das Oberste Gericht selbst dadurch Rechnung getragen hat, dass es im Sommer 2016 die Zusammensetzung der Arbeitsgruppe nahezu vollständig veränderte und eine Überarbeitung des Entwurfs angeregt hat.

In zeitlicher Hinsicht sind die Perspektiven dieses Entwurfs keinesfalls günstiger als die erwähnten Perspektiven des Verfahrensrechts. Es ist im Gegenteil eher von einem etwas längeren Gesetzgebungsverfahren auszugehen. Insgesamt bleibt jedoch festzuhalten, dass sich Kasachstan nunmehr auf dem Weg zur Verwaltungsjustiz befindet; beide grundsätzlichen Gesetze hierfür (Verwaltungsverfahren- und -prozessgesetz) werden erarbeitet.

3.2.2. Kirgisien

Kirgisien ist das erste zentralasiatische Land mit einem neuen, modernen Verwaltungsverfahrensgesetz. Das bereits reformierte Gesetz ist zum Mai 2016 in Kraft getreten und sieht wichtige Neuerungen gegenüber der bereits bisher geltenden Fassung vor. So ist etwa der verpflichtende Charakter des Vorverfahrens ausdrücklich geregelt worden.

Die Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Verwaltungsprozessgesetzes hat ebenfalls einen Entwurf vorgelegt, der im Parlament bereits die erste Lesung passiert hat. Der Entwurf sieht ein eigenständiges Prozessrecht für die Durchführung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten vor. Dabei ist er vom Amtsermittlungsgrundsatz geleitet und berücksichtigt daher die fundamentalen Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Zivilprozess. Im Unterschied zum derzeitigen kasachischen Gesetzesentwurf entspricht der kirgisische eher dem Bild einer eigenständigen verwaltungsprozessualen Regelung nach europäischem Vorbild; der Entwurf orientiert sich im Wesentlichen an der bereits dargestellten Konzeption¹².

Neben allen positiven Neuerungen bleibt der Umgang mit richterlichen Fristen ein Streitpunkt. Während ausgehend von der europäischen Rechtsordnung in Betonung der richterlichen Unabhängigkeit eine Bestimmung von Fristen, innerhalb derer der Richter die Fallbehandlung abzuschließend hat, verfassungsrechtlich problematisch anmutet, ist dies im postsowjetischen Raum eher die Regel, wobei zur Begründung nicht nur der schnelle Zugang zu Recht, sondern stets auch die Disziplinierung der Rechtsanwender (sprich: der Richter) vorgetragen wird. Hier konnte jedoch zumindest eine Lockerung der Fristen erreicht werden, was sich auf die Qualität richterlicher Entscheidung günstig auswirken dürfte.

3.2.3. Tadschikistan

In Tadschikistan gibt es keine aktuellen Bestrebungen zur Reformierung des Verwaltungsverfahren- oder -prozessrechts. Bedauerlich ist auch, dass das Verständnis für die Reformbedürftigkeit eher ab- als zugenommen hat.

¹² Siehe oben unter III. 1.

Der derzeit bereits bestehende Verwaltungsverfahrenskodex von 2007, der in mehreren Bereichen problematisch ist, teilweise aber auch moderne Vorschriften enthält (etwa zum Verwaltungsakt und zu dessen Begründung), findet weiterhin in der Öffentlichkeit kaum Beachtung. Auch regelmäßig durchgeführte Fortbildungsveranstaltungen für Richter und Rechtsanwälte vermochten dies bisher kaum zu ändern, wenngleich zumindest das Bewusstsein für eine Veränderungsnotwendigkeit hierdurch hoffentlich günstig beeinflusst wird. Ansonsten gilt hier, besser ein unvollkommenes Verfahrensgesetz, das angewendet wird, als gar keines.

Es bleibt jedoch eine wichtige Aufgabe, für eine umfassende Reformierung des Verwaltungsverfahrensrechts und eine völlige Neuerarbeitung eines Verwaltungsprozessgesetzes einzutreten. Da es hier derzeit jedoch keinerlei Anzeichen gibt und insbesondere auch die Absichtserklärungen auf den Justizministerkonferenzen zu keinerlei sichtbaren Folgen führten, wäre selbst bei einer Aufnahme entsprechender Arbeiten in 2017 mit fertigen Gesetzen frühestens 2018–2019 und einem Inkrafttreten 2020 zu rechnen.

3.2.4. Turkmenistan

In Turkmenistan ist mit Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung auch ein aktualisierter Abschnitt zur prozessualen Behandlung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten eingeführt worden¹³. Dies geschah unter bewusstem Verzicht auf die Erarbeitung eines eigenständigen Gesetzeswerkes für den Verwaltungsprozess. In Anerkennung der Tatsache, dass Verwaltungsprozesse für Turkmenistan ein relativ neues und anfangs nicht allzu häufiges Phänomen sein werden, hat man sich für die grundlegende Überarbeitung der entsprechenden Kapitel im Rahmen der Zivilprozessordnung entschieden und die Erarbeitung eines Verwaltungsprozessgesetzes auf spätere Zeit verschoben.

Auch die nunmehr in der ZPO enthaltenen Regelungen zu den öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten entsprechen jedoch den grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen. Die ZPO regelt den Amtsermittlungsgrundsatz als wesentliches Prinzip des Verwaltungsprozesses, was ihn damit innerhalb desselben Regelungswerkes von den Vorschriften des allgemeinen Zivilprozesses unterscheidet. Auch sind weitere Neuheiten, wie eine umfassende richterliche Aufklärungs- und Hinweispflicht eingeführt worden. Weiterhin ist die Durchführung eines vorgerichtlichen Verfahrens in einer Mehrheit der Fälle verbindlich vorgeschrieben. Weiterhin sind mit der Anfechtungs- und der Verpflichtungsklage die wesentlichen Klagearten geregelt, die Rückabwicklung der Vollstreckung erfasst und insbesondere auch die Besonderheit des beschränkten Prüfungsrahmens bei der Kontrolle von Ermessensentscheidungen ausdrücklich normiert. So sieht Art. 287 ZPO nun ausdrücklich vor, dass die Gerichte Ermessensentscheidungen ausschließlich auf die Beachtung der gesetzlichen Grenzen des gesetzgeberisch eingeräumten Ermessens sowie die Ausübung des Ermessens gemäß dem Zweck seiner Einräumung prüfen dürfen. Diese Norm entspricht damit europäischen Standards¹⁴.

Das Verwaltungsverfahrenrecht steht vor einer grundlegenden Reform. So wurde im Frühjahr 2016 bei dem Parlament Turkmenistans eine Arbeitsgruppe zur Erarbeitung

¹³ Kapitel 24–28 ZPO.

¹⁴ Eine ganz ähnliche Regelung enthält etwa § 114 der Verwaltungsgerichtsordnung Deutschlands.

des Verwaltungsverfahrensgesetzes eingesetzt, die derzeit unter Rückgriff auf das Verwaltungsverfahrensgesetz Deutschlands als Muster, einen eigenen Entwurf für Turkmenistan erarbeitet. Hierbei werden Erfahrungen anderer postsowjetischer Länder, die die entsprechende Reform bereits durchlaufen haben (insbesondere Lettland und Aserbaidschan), ausdrücklich berücksichtigt.

Der bisher vorliegende Teil des Entwurfs enthält etwa eine dem europäischen Vorbild ohne Abstriche entsprechende Definition des Verwaltungsakts und regelt seinen Erlass und seine Aufhebung in einer rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechenden Weise. Hier wird es nach späterem Erlass des Gesetzes vor allem darum gehen, das Gesetz zu propagieren und Rechtsanwender entsprechend zu schulen, damit das Gesetz auch in der Praxis tatsächlich umgesetzt wird. Dies könnte einen wesentlichen Schub zur Modernisierung und Effektivitätssteigerung der öffentlichen Verwaltung und damit auch zur Verbesserung des Wirtschafts- und Investitionsklimas in Turkmenistans leisten.

Zeitlich ist geplant, den Entwurf 2017 fertig zu stellen und anschließend ins Parlament einzubringen. Mit einem Inkrafttreten ist 2018–2019 zu rechnen, wobei auch hier sicherlich eine gewisse Übergangsfrist zwischen Verabschiedung in Inkrafttreten zwecks Ausbildung der künftigen Rechtsanwender überaus sinnvoll wäre.

3.2.5. Usbekistan

Laut staatlicher Programmdokumente, die teilweise auch Eingang in Reden des früheren Staatspräsidenten gefunden hatten, gab es vage Pläne zur Reformierung des Verwaltungsverfahrens- und -prozessrechts, wobei eindeutig dem Verwaltungsverfahrenrecht der Vorrang eingeräumt wurde¹⁵. Zwischenzeitlich ist insbesondere in einer vom Justizministerium in Auftrag gegebenen Studie auch erwogen worden, Verwaltungsverfahrens- und -prozessrecht in einem einzigen Gesetz zusammenzuführen, wie dies etwa in Lettland oder den Niederlanden derzeit der Fall ist. Dieser Gedanke wurde jedoch alsbald wieder fallengelassen und durch Einsetzung einer Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes Ende 2014 zementiert. Diese Arbeitsgruppe, die sich auf Vorarbeiten sowohl aus einem früheren, bereits vom Unterhaus des Parlaments verabschiedeten, vom Oberhaus anschließend verworfenen Gesetzesentwurf, als auch auf Arbeiten anderer Gruppen stützt, wollte zum Jahresende 2016 einen Entwurf vorlegen, der nach den bisherigen Planungen 2017 im parlamentarischen Prozess behandelt werden sollte. Ein Inkrafttreten wäre dann 2018–2019 denkbar.

Allerdings ist derzeit noch nicht absehbar, welche Akzente die neue Staatsführung nach dem Tod des Präsidenten Karimow für die Weiterentwicklung des öffentlichen Rechts setzen wird. Für das Verwaltungsprozessrecht gibt es derzeit anscheinend keine konkreten Planungen. Es ist zu erwarten, dass diese erst nach Abschluss der Arbeiten am Verwaltungsverfahrensgesetz aufgenommen werden, mithin nicht vor 2018. Ein Inkrafttreten scheint dann frühestens für 2019–2020 denkbar.

Anbei werden die Reformfortschritte in einer Tabelle zum kurzen Überblick und Vergleich zusammengefasst:

¹⁵ Vgl. etwa „Konzeption zur weiteren Vertiefung demokratischer Reformen und zur Formierung einer Zivilgesellschaft“, vorgestellt in der Rede des Präsidenten der Republik Usbekistan in einer gemeinsamen Sitzung beider Kammern des Parlaments vom 12. November 2010.

Tabelle 5

	KZ	KG	TJ	TM	UZ
Staatliches Reformprogramm zum VwVfG	+	+	+	+	+
Arbeitsgruppe gegründet	+	+	-	+	+
Entwurf liegt vor	+	+	-	+	+
Staatliches Reformprogramm zum VwProzess	+	+	+	-	-
Arbeitsgruppe gegründet	+	+	-	-	-
Entwurf liegt vor	+	+	-	-	-

4. Literatur, Gerichtsstatistik und Ausblick

4.1. Rechtswissenschaftliche Literatur

Die Rückmeldungen auf eine kleine *Umfrage* über die rechtswissenschaftliche Literatur in den zentralasiatischen Staaten (September 2016) offenbaren einen Mangel an Lehrbüchern, die sich mit dem neueren Verwaltungsrecht auseinandersetzen. Das allgemeine Verwaltungsrecht, aufgeteilt nach Verwaltungsverfahren und (gerichtlichem) Prozessrecht, sowie das besondere Verwaltungsrecht sind weder mit Monographien, noch mit Lehrbüchern, Fallsammlungen oder Gesetzeskommentaren ausreichend in den Gerichts- und Universitätsbibliotheken der zentralasiatischen Staaten vertreten. Auch Kasachstan verfügt nicht über eine ausreichende eigene nationale Literatur im Verwaltungsrecht. Außerdem gibt es kaum Fallsammlungen im öffentlichen Recht – ein Mangel, der die Qualität der juristischen Ausbildung nachteilig beeinflusst.

Soweit sie überhaupt erhältlich sind, enthalten *Kommentierungen von Gesetzen* noch relativ wenige Rechtsprechungszitate, so dass ihre Brauchbarkeit für den Rechtspraktiker begrenzt ist. Aber auch als Interpretationshilfe für Studenten eignen sich Gesetzeskommentare nicht unbedingt, weil die Autoren noch zu selten über die wörtliche Auslegung hinausgehen. Diesen Mangel kompensieren zum Teil die höchsten Gerichte mit amtlichen Erläuterungen über das Verständnis und die Anwendung von Normen, insbesondere prozessualen. Diese fußen aber nicht selten auf überblicksartigen Auswertungen der Gerichtspraxis im Allgemeinen, mit denen sich die Analyseabteilungen oder Arbeitsgruppen Oberster Richter beschäftigen, weniger auf der exakten Verarbeitung des Wortlauts der einzelnen Gerichtsentscheidungen.

Zur Menge, Zugänglichkeit und Verbreitung neuerer rechtsvergleichender *Dissertationen* im Bereich des Verwaltungsrechts kann hier wegen der verschiedensten Erscheinungsorte keine Aussage getroffen werden. Es ist davon auszugehen, dass im Ausland zumindest in kleinerem Ausmaß eine Art Parallelliteratur über einzelne Rechtsgebiete des Verwaltungsrechts im Entstehen begriffen ist, hauptsächlich aus Sicht der im Ausland studierenden Studenten und Doktoranten verfasst. Der Schwerpunkt solcher Darstellungen liegt überwiegend auf dem ausländischen Recht und auf neuen nationalen Gesetzentwürfen. Dabei wird nicht immer auf Tatsachen wie rechtliche Praxis und Verwaltungsinstitutionen der zentralasiatischen Staaten eingegangen.

Am meisten ist das *Recht der Ordnungswidrigkeiten* in *Buchform* erhältlich, weil es traditionell bisher zum Kern des Verwaltungsrechts gezählt hat. Reformiertes allgemeines oder besonderes Verwaltungsrecht hat es dagegen schwerer, in den

Bibliotheksbestand der Universitäten vorzudringen. Lehrbücher werden einer ausführlichen Prüfung unterzogen, bevor sie als offizielle Ausbildungsliteratur anerkannt werden – ein Umstand, der den Mangel an Rechtsliteratur manchmal noch verschärft.

Eine wichtige Quelle für Innovationen im Verwaltungsrecht stellen die *Sammelbände* mit Konferenz- und Seminarmaterialien dar, die oft als gemeinsame Produktion nationaler Einrichtungen mit internationalen Organisationen herausgegeben werden. Sie enthalten Stellungnahmen internationaler Juristen und Rechtsvergleiche. Zudem sind sie weitgehend unzensuriert in dem Sinne, dass die Reden, Aufsätze und Berichte als Beiträge zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung gewöhnlich keiner weiteren Überarbeitung unterzogen wurden, sondern meistens wie vorgetragen abgedruckt wurden.

Urteilsveröffentlichungen beschränken sich oft auf wenige ausgewählte höchstrichterliche Entscheidungen. Eine umfangreichere Veröffentlichung von Entscheidungen im Verwaltungsrecht findet lediglich in Kasachstan und – in geringerem Umfang – auch in der Kirgisischen Republik statt. Fraglich ist dennoch die Systematik der Sammlung („Wo findet sich was?“) und die Einbeziehung der Rechtsprechungspraxis von Gerichten erster Instanz und Berufungsgerichten.

Nicht nur der spärliche Umfang an Rechtsliteratur, auch der *Zugang zu Büchern* erscheint teilweise problematisch. Aus **Tadschikistan** wird berichtet, dass die Autoren bisher gezwungen waren, ihre verwaltungsrechtlichen Werke auf eigene Kosten drucken und verteilen zu lassen. So gibt es ca. vier bis fünf Lehrbücher des Verwaltungsrechts. In den Jahren 2013 und 2014 erschienen drei Bücher zum Verwaltungsrecht in kleinerer Auflage (500 Exemplare). Sie wurden hauptsächlich von den Studenten aufgekauft. Die Bibliotheken erwerben nicht genügend Exemplare. Das Fach Verwaltungsrecht nennt sich „Administratives Recht und Prozess“ und ist unterteilt in den Allgemeinen Teil, den Besonderen Teil und den (gerichtlichen) Prozess. Zum Verwaltungsverfahren der Behörden gibt es noch kein entsprechendes Lehrbuch.

Ähnlich sieht es in der **Kirgisischen Republik** aus: Seit der Unabhängigkeit sind zwei Lehrbücher zum Verwaltungsrecht erschienen, in den Jahren 2008 und 2016. Beide sind unter der Redaktion von N.T. Sheripov herausgegeben worden. Das erste Lehrbuch wurde noch im alten Stil verfasst, mit Schwerpunkten auf dem staatlichen Verwaltungssystem mit seinen Strukturen und Hierarchien, dem Staatsdienst und dem Recht der Ordnungswidrigkeiten. Ein Kapitel ist dem gerichtlichen Verwaltungsprozess gewidmet. Das Verwaltungsverfahren wird nicht behandelt. Die Neuauflage im Jahr 2016 ließ vieles unverändert. Im neuen Kapitel über das Verwaltungsverfahren werden lediglich die Normen des neuen Gesetzes „Über die Grundlagen der Verwaltungstätigkeit und Verwaltungsverfahren“ wiedergegeben. Beide Lehrbücher werden hauptsächlich von den Studenten der nationalen staatlichen Universität gelesen, weil der Herausgeber den Lehrstuhl leitet. Welche Lehrbücher die Studenten der anderen Universitäten lesen, konnte in der Kürze der Zeit nicht ermittelt werden. Auch die folgenden Angaben aus den anderen zentralasiatischen Staaten beruhen auf einer Schnellumfrage, es ist also nicht ausgeschlossen, dass wir einige Werke übersehen haben.

In **Turkmenistan** wird das Verwaltungsrecht bisher ausschließlich nach dem auf Turkmenisch erschienenen Lehrbuch „Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil“ von 2012 unterrichtet¹⁶. Die Ausgabe umfasst folgende Fragen:

- Staatsverwaltung: Begriff und Grundsätze;
- Verwaltungsrecht: Gegenstand und System;
- Verwaltungsrechtliche Normen;
- Verwaltungsrechtliche Verhältnisse;
- Staatsverwaltungsorgane;
- Staatsdienst (Staatsangestellte);
- Formen und Methoden der Staatsverwaltung;
- Verwaltungsakt;
- Vertrauens- und Zwangsmaßnahmen in der Staatsverwaltung;
- Ordnungswidrigkeiten;
- Verwaltungsprozess;
- Verwaltungsverfahren;
- Einhaltung der Kontrolle und Ordnung in der Staatsverwaltung.

In **Usbekistan** gibt es in der Hauptsache zwei Lehrbücher zum Allgemeinen Teil (I.A. Khamedov, L.B. Khvan, I.M. Tsay, 2012) sowie zum besonderen Teil (L.B. Khvan, 2010). Ein genauerer Blick auf die *rechtswissenschaftliche Literatur* zum usbekischen Verwaltungsrecht einschließlich des Beamtenrechts zeigt, dass in den Jahren 2000 bis 2014 insgesamt 16 Werke „von rechtswissenschaftlichem Interesse“ in russischer oder englischer Sprache erschienen sind. Hierunter befinden sich Monografien, Aufsatzsammlungen, Lehrbücher und praktische Studienbücher. Von diesen sind nach Aussage unseres Berichterstatters lediglich fünf in den Bibliothekskatalogen weiterer Staaten aus dem Bereich der GUS verzeichnet. Zugleich gibt es nur zwei Dissertationen aus dem Bereich des Verwaltungsrechts, die in russischer Sprache erschienen sind: „Staats- und Verwaltungssystem der BRD“ (D.Ch. Kamalova, 2001), sowie „Organisatorische und rechtliche Probleme der Vervollkommnung des staatlichen Verwaltungssystems der Republik Usbekistan“ (I.A. Khamedov, 2004). Unserem Berichterstatter ging es bei seiner Bestandsaufnahme der russischen oder englischsprachigen Werke darum, den Beitrag Usbekistans zur rechtswissenschaftlichen Entwicklung in der GUS aufzuzeigen. Allerdings ist hinzuzufügen, dass die russische Sprache für Publikationen in Usbekistan häufig gegenüber dem Usbekischen noch bevorzugt wird. Die sechzehn in Usbekistan erschienenen Werke sollen an dieser Stelle *thematisch* bezeichnet werden, um das tatsächliche Literaturangebot einschätzen zu können:

- 1) Einführung von e-Governance und Verwaltungsreform (2005);
- 2) Die Herrschaft des Rechts in den öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen, Konferenzmaterialien (2005);
- 3) Verwaltungsreform in Usbekistan: Erfahrung und Probleme rechtlicher Regulierung, Symposium-Materialien (2008);
- 4) Verwaltungsrechtsreform in Usbekistan, Erfahrungen und Probleme aus rechtlicher Sicht, Seminar-Materialien (2008);

¹⁶ Die Autoren sind Myratgeldi Tyllayev, Ilmyrat Bekiyev, Aydogdy Charyyev, Bayramgul Orazdurdyeva, Sayat Tangryulyeva.

- 5) Besonderer Teil des Verwaltungsrechts, Lehrbuch (2010);
- 6) Aktuelle Fragen für eine effektivere Verwaltungsgerichtsbarkeit, Monitoring von Rechtsprechung (2010);
- 7) Verwaltungsjustiz: zur Ausarbeitung einer wissenschaftlichen Konzeption in der Republik Usbekistan, Materialien einer intern. Konferenz (2011);
- 8) Aktuelle Fragen der Ausarbeitung des Gesetzentwurfs zum Kodex über Ordnungswidrigkeiten, Teil 1 und 2 (2012);
- 9) Allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts der Republik Usbekistan, Lehrbuch (2012);
- 10) Staatsverwaltung im Bereich der außenwirtschaftlichen Beziehungen (2012);
- 11) Erlaubnisverfahren für Unternehmer (2013);
- 12) Sammelband Verwaltungsgesetzgebung (2013);
- 13) Sammelband Verwaltungsgesetzgebung, 2. Ausgabe (2013);
- 14) Staatsdienst (2014);
- 15) Handbuch zum Erlaubnisverfahren für Unternehmer (2014);
- 16) Formulare im Verwaltungsprozess (2014).

Als weiteres, interessantes Werk ist das 2015 in Usbekistan erschienene praktische Handbuch zur Gesetzesfolgenabschätzung zu erwähnen (UNDP).

Selbst **Kasachstan** hat keine besonders umfangreiche nationale Literatur im Verwaltungsrecht zu bieten. Hier gibt es nach unserer Erkenntnis sechs verschiedene Lehrbücher zum modernen Verwaltungsrecht. Nur eines davon ist nach dem Jahr 2000 verfasst worden:

- 1) Tataryan V.G. „Verwaltungsrecht der Republik Kasachstan“ (Karaganda, 1994);
- 2) „Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil“, Redaktion A.A. Taranov (Almaty, 1997);
- 3) „Verwaltungsrecht. Besonderer Teil“, Redaktion A.A. Taranov (Almaty, 1998);
- 4) Ibragimov C.J. „Verwaltungsrecht, Studienbuch (Allgemeiner Teil)“ (Almaty, 2000);
- 5) Taranov A.A. „Verwaltungsrecht. Akademischer Kurs“ (Almaty, 2000);
- 6) „Verwaltungsrecht (Studienkurs)“, Redaktion R.A. Podoprigora, (Almaty, 2010).

Die Verwendung der kasachstanischen Literatur von 1994–2000 erscheint problematisch, weil viele Gesetzesänderungen nicht verarbeitet wurden, und weil teilweise noch der alte Ansatz des Rechts der Ordnungswidrigkeiten im Vordergrund steht.

Erwähnenswert ist, dass sich die zentralasiatischen Juristen nicht nur der nationalen Literatur bedienen, sondern wegen des sprachlichen Zugangs häufig auch die russische Literatur lesen. Allerdings können bislang weder Gesetzgebung noch Literatur des Öffentlichen Rechts Russlands als progressive Vorbilder für ein modernes Verwaltungsrecht dienen. Daher greifen Verwaltungsjuristen auch auf die *Literatur aus anderen Rechtssystemen* zurück, insbesondere auf das europäische Verwaltungsrecht. Impulsgeber für Reformschritte der zentralasiatischen Staaten im Verwaltungsrecht waren in den letzten zehn Jahren vor allem Vorhaben der internationalen Entwicklungszusammenarbeit, vor allem diejenigen, die von USAID und vom Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) gefördert wurden.

4.2. Gerichtsstatistik in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten

Gerichtsstatistiken, die genauer nach zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Klagen unterscheiden und Angaben über den Anteil erfolgreicher Anträge im Verwaltungsrecht enthielten, waren aus Tadschikistan, Turkmenistan und Usbekistan aus verschiedenen Gründen nicht zu erhalten. Öffentliche Zahlen gibt es jedenfalls nicht.

4.2.1. Gerichtsstatistik aus der Kirgisischen Republik¹⁷

Die folgende, öffentliche Aufstellung aus der **Kirgisischen Republik** gibt einen ersten Einblick in die Gerichtsstatistik in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten, ohne besondere Fallkategorien. Bei einem Blick auf die Tabelle fallen sogleich auf:

- die **hohe Zahl an erfolgreichen verwaltungsrechtlichen Klagen erster Instanz**. Im Durchschnitt (2009–2015) sind es 76% aller Klagen, die zu Urteilen führten (d. h. rund drei Viertel derjenigen Klageverfahren, die *nicht* wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen der Annahme der Klage scheiterten oder sich sonst erledigten);
- die **hohe Rechtsmittelquote**, im Mittel (2009–2014) sind es 83% oder rund vier Fünftel aller Urteile erster Instanz, die eine Instanz weitergingen. Über die Hälfte hiervon erreichten sodann auch noch die dritte Instanz;
- Drittens ist der **Fallrückstau** gut sichtbar, der sich in den letzten Jahren aufgebaut hat. Er ist durch das Ausscheiden aus dem Amt und die Neueinstellung vieler Richter bedingt – ein umfangreicher Reformprozess, der im Jahr 2010 seinen Anfang genommen hat und der immer noch nicht abgeschlossen ist. Auch in der ersten Hälfte 2016 gab es noch viele vakante Richterstellen. Von Richtermangel und Fallrückstau waren allgemein alle Rechtsgebiete gleichermaßen betroffen, nicht allein das Verwaltungsrecht.

Tabelle 6

Klageeingänge 1. Instanz	3300	3600	4322	4577	5073	5942	5858
Erledigte Klagen 1. Instanz	3233	3527	2632	2629	2838	3880	3417
Urteile 1. Instanz	1459	1194	1495	1506	1544	2086	1591
Erfolgreiche Klagen 1. Instanz	1012 (70%)	871 (73%)	1139 (76%)	1247 (82%)	1224 (79%)	1581 (76%)	1238 (78%)
Abgelehnte Klageant- räge 1. Instanz	949	1354	1384	1464	1496	1944	1973
Eingestellte (nicht weiter betrachtete) Klagen 1. Instanz	653	701	837	782	927	1386	1423
Endgültig eingestellte Klagen 1. Instanz	112	210	300	341	367	408	403
Klagen gegen Ord- nungswidrigkeiten	76	76	534	457	340	483	459
Berufung und Kassa- tion (2. Instanz)	1000 (68%)	1125 (94%)	1338 (89%)	1394 (92%)	1093 (71%)	1803 (86%)	1897 (?)
Aufsichtsverfahren (3. Instanz)	618	614	677	776	643	940	893

¹⁷ Supreme Court of the Kyrgyz Republic. URL: <http://jogorku.sot.kg>.

Für die Prozessstatistik eines Kalenderjahres sind immer mehrere **Faktoren** verantwortlich, so z. B. die Zahl der Klageeingänge, die Art und Weise der Geschäftsverteilung und die Gerichtsorganisation, personelle und finanzielle Ressourcen des Gerichts, Prozessverhalten der Parteien, Rolle der Rechtsanwälte als Prozessvertreter, sowie auch externe Einflüsse wie plötzlich in einem Rechtsgebiet bzw. in einer sozialen Situation verstärkt auftretende Streitigkeiten. Daher ist es schwierig genauer einzuschätzen, wie die Zahlen der oben gezeigten Gerichtsstatistik zustande kommen. Für eine verlässliche Interpretation wären detaillierte Untersuchungen erforderlich. Andererseits lädt ein über längere Zeitraum zu beobachtender, eindeutiger Trend dazu ein, erste Rückschlüsse zu ziehen.

Zum Beispiel könnte die deutlich sichtbare **Zunahme der Klagezahlen** im Verwaltungsrecht darauf hinweisen, dass die Bedeutung des Rechtsschutzes zunimmt. Die kirgisischen Richter haben in Interviews mit den Verfassern (Januar 2016) die Ansicht ausgedrückt, dass die steigenden Klagezahlen das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichtsbarkeit belegen (Deppe et al., 2016). Das ist zweifellos eine mögliche Deutung. Sie lässt sich jedoch aufgrund der nach wie vor relativ schwachen Umfragewerte zum Vertrauen der Bevölkerung in die kirgisischen Gerichte nicht belegen. Zunehmende Klagezahlen können auch ein Ausdruck des gewachsenen Rechtsbewusstseins in der Bevölkerung sein; oder auch die Tatsache, dass in bestimmten Fallkategorien des öffentlichen Rechts mehr Streitigkeiten vor Gericht entstanden sind.

Die **hohe Rechtsmittelquote** ist für die postsowjetischen Rechtssysteme im Bereich der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten (GUS) eher typisch. Sie ist übrigens nicht auf das Verwaltungsrecht beschränkt. Das Prozessieren ist vergleichsweise günstig und beliebt; es gibt keine nennenswerten Zugangsbeschränkungen für die Berufung und die Kassation.

Interessant für den Bereich der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten ist die **hohe Erfolgsquote** an den kirgisischen Gerichten (drei Viertel der angenommenen Klagen). Relativ hohe Erfolgsquoten bei verwaltungsrechtlichen Klagen von Bürgern gegen Entscheidungen oder Unterlassungen von Verwaltungsbehörden in erster Instanz werden allerdings auch aus anderen Ländern berichtet. So z. B. aus **Georgien** (2015 – 48%; 2012 – 45,5%) (Supreme Court of Georgia, 2015; Supreme Court of Georgia, 2012) oder aus der **Ukraine** (2012 und 2015 – zwischen 69% und 74%) (Supreme Administrative Court of Ukraine). In **Kasachstan** waren 2015 genau 37% der (angenommenen) Klagen gegen staatliche Verwaltungsorgane (im besonderen Klageverfahren) erfolgreich, und 63% blieben erfolglos (2014 – 41% / 59%). Vgl. unten die statistischen Daten aus Kasachstan.

Im Vergleich hierzu sind z. B. die Bürger der **Bundesrepublik Deutschland** in höchstens einem Fünftel aller gerichtlichen Prozesse in erster Instanz erfolgreich. (Der Anteil ergibt sich zudem aus der kleineren Menge der Verfahren, die mit einer gerichtlichen Entscheidung des Rechtsstreits enden). In zweiter und dritter Instanz obsiegen die Bürger nur in ungefähr 15% der Fälle (Stand 2014) (The Federal Statistical Office). Hinzu kommt, dass in weniger als einem Drittel der Verfahren überhaupt streitige Entscheidungen gefällt werden. Dabei beträgt die Vergleichsquote an deutschen Verwaltungsgerichten geschätzt ca. 5–6%.

Aus den hohen Erfolgsquoten in der Kirgisischen Republik können mindestens zwei **Schlussfolgerungen** gezogen werden: Erstens sind die kirgisischen Verwaltungsbehörden in ihrer Verwaltungspraxis noch nicht so sicher geworden wie z. B. die deutschen Verwaltungsbehörden. Das heißt, sie sind angreifbarer in ihren Verwaltungsentscheidungen. Zweitens scheuen sich die kirgisischen Verwaltungsrichter offenbar nicht davor, auch gegen den Staat zu entscheiden. Insgesamt gesehen ist dieses in Bezug auf die richterliche Kontrolle der Verwaltungsbehörden ein ermutigender Befund.

Weiterhin sollte aber im Einzelnen genauer untersucht werden, aus welchen Gründen die Verwaltungsbehörden so oft vor Gericht verlieren. Werden die Entscheidungen etwa häufig schon wegen Verfahrensfehlern aufgehoben? oder stützen sie sich in vielen Fällen nicht auf eine genügende Ermächtigungsgrundlage in Form eines Gesetzes? oder sind die Bürger stets so hervorragend durch Rechtsanwälte vertreten, dass die Verwaltungsbehörden öfter den Kürzeren ziehen? Die Beantwortung dieser Fragen mag an dieser Stelle dahinstehen. Die hohe Erfolgsquote ist möglicherweise ein Hinweis auf das vergleichsweise frühe Entwicklungsstadium des Verwaltungsverfahrens in der Kirgisischen Republik. Eine einheitliche Verwaltungspraxis beginnt sich erst allmählich herauszubilden.

Unbeantwortet bleibt mit dieser tabellarischen Aufstellung die Frage, wie viele erfolgreiche verwaltungsrechtliche Klagen erster Instanz letztendlich **in zweiter und dritter Instanz** bestätigt werden.

Auch die **Vergleichsquote** in der Kirgisischen Republik bleibt unklar – geht sie im Verwaltungsrecht gegen Null? Vergleich und einvernehmliche Streitbeilegung vor und außerhalb des Gerichts werden in Zentralasien bisher fast ausschließlich in privatrechtlichen Streitigkeiten praktiziert, insbesondere in Kasachstan und in der Kirgisischen Republik. In Kasachstan gilt seit 2011 ein **Mediationsgesetz** (Gesetz vom 28.01.2011, № 401-IV ZRK). Kasachstan macht seitdem positive Erfahrungen mit der Mediation im Zivil- und Wirtschaftsrecht (Suleimenov, Duisenova, 2010). Die kirgisische Republik bereitet eine neue Zivilprozessordnung vor. Der kirgisische Gesetzgeber nennt das Einigungs- oder Vergleichsverfahren in diesem Entwurf „Mediation“ und sieht die Abgabe der Sache an einen gerichtsexternen Mediator vor (vgl. Entwurf der kirgisischen Zivilprozessordnung Art. 2 Punkte 8–10, Art. 153 Punkt 13, Art. 174 Punkt 2, Art. 216 Punkt 8).

Aufgrund der tendenziell geringen **Bereitschaft** von Vertretern der Verwaltungsbehörden, über den Streitgegenstand zu disponieren, kann allerdings davon ausgegangen werden, dass die Vergleichsquote anders als im Privatrecht im Verwaltungsrecht allgemein sehr niedrig sein dürfte. Einen deutlichen Hinweis auf die Ablehnung einvernehmlicher Streitbeilegung im Bereich des Verwaltungsrechts enthält das Mediationsgesetz Kasachstans. Es begrenzt den Anwendungsbereich auf das Zivil-, Arbeits- und Familienrecht sowie Strafverfahren in kleineren Fällen. Selbst für diese Bereiche erklärt das Gesetz die Mediation für unanwendbar, falls eine der Parteien ein Staatsorgan sein sollte (Art. 1 Punkt 3 des Gesetzes).

Für den neuen **Entwurf der kirgisischen Verwaltungsprozessordnung** ist die Aufnahme von Bestimmungen über die Mediation zwar diskutiert, aber letztendlich abgelehnt worden. Ein Argument hierfür war, dass es entsprechende Vorschriften bereits im Entwurf der kirgisischen Zivilprozessordnung gebe. Notfalls könne man von ihnen auch im Verwaltungsprozess Gebrauch machen.

4.2.2. *Gerichtsstatistik aus Kasachstan*¹⁸

Der Blick auf die folgende Tabelle offenbart ein „normales“ oder „gewöhnlicheres“ Bild von den verwaltungsrechtlichen Klagen im Vergleich mit der Kirgisischen Republik. In Kasachstan waren im Jahr 2015 genau 37% der verwaltungsrechtlichen Klagen erfolgreich, im Jahr 2014 sogar 41%. Andererseits fragt sich angesichts der geringen Zahl der verwaltungsgerichtlichen Klagen im Vergleich zu den zivilrechtlichen (ihr Anteil beträgt lediglich 2,7%), ob dieses Bild schon repräsentativ ist, oder ob es sich zukünftig noch stärker wandeln wird.

Die Gesamttabelle der Verfahren, die durch den Zivilprozesskodex geregelt werden, wird hier in den folgenden zwei Tabellen nur im Auszug wiedergegeben, um die Verfahren mit Bezug zum Öffentlichen Recht abzubilden. Der Anteil der erfolgreichen Klagen wird aus der Zahl der insgesamt durch gerichtliches Urteil entschiedenen Verfahren berechnet, nicht aus der Zahl der insgesamt eingegangenen Klagen. Von den insgesamt eingegangenen Klageanträgen wird knapp die Hälfte durch eine gerichtliche Entscheidung beendet. Etwa zwei Drittel der eröffneten Verfahren (62%) wird durch eine gerichtliche Entscheidung beendet. Die Klagen gegen die zentralen Steuerbehörden (ca. 30%) sind weniger erfolgreich als die Klagen gegen lokale Verwaltungsbehörden (ca. 40%).

Die gesamte Tabelle Kasachstans mit den erstinstanzlichen Verfahren nach Zivilprozessrecht geht über diese beiden Tabellenauszüge hinaus. Sie enthält alle Daten. Sie zeigt, dass im Jahr 2015 genau 441 602 Verfahren im allgemeinen zivilrechtlichen Klageverfahren stattgefunden haben („insgesamt erledigte Fälle“ ohne die schnellen „Befehlsverfahren“). Zugleich haben nur 11 819 verwaltungsrechtliche Verfahren im besonderen Klageverfahren stattgefunden, also weniger als drei Prozent (2,7%). In der **Übersicht** zu 2015 sieht es wie folgt aus 680 778 Verfahren insgesamt nach der ZPO, davon:

- 441 602 zivilrechtliche Verfahren zwischen streitenden Parteien;
- 186 530 Befehlsverfahren (verfahren anordnen);
- 40 826 Verfahren über den zivilrechtlichen Status (unter anderem Adoption, Geschäftsunfähigkeit, unbewegliches kommunales Eigentum und herrenloses bewegliches Eigentum, Einweisungen in die Psychiatrie, aber auch Insolvenz). In Deutschland finden diese Verfahren hauptsächlich im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit statt, die ein unstreitiges Verfahren regelt;
- 11 819 verwaltungsrechtliche Verfahren einschließlich der Klagen gegen Gerichtsvollzieher und wahlrechtlicher Klagen.

Außerdem sind auch die **Zahlen von Prozessvergleichen** eingetragen:

Zivilrecht:

Verträge: 134 988 Streitige Entscheidungen / 4 039 Vergleiche (ca. 3%)

Schadensersatzklagen: 4 522 Streitige Entscheidungen / 587 Vergleiche

Anderer Verfahren: 30 209 Streitige Entscheidungen / 1 362 Vergleiche

Insgesamt 352 905 Streitige Entscheidungen / 9 898 Vergleiche (ca. 2,8%)

Verwaltungsrecht:

Insgesamt 7 114 Streitige Entscheidungen / 29 Vergleiche (ca. 0,4%, ohne Gerichtsvollziehersachen 0,3%).

¹⁸ Die betreffende Tabelle wurde uns durch das Oberste Gericht Kasachstans zur Verfügung gestellt (Committee on Legal Statistics and Special Accounts of the General Prosecutor's Office of the Republic of Kazakhstan).

Tabelle 7

2015 1. Instanz	Besondere Verfahrensarten gemäß Zivilprozesskodex (öffentlich-rechtliche Streitigkeiten)						VU ergangen gegen Beklagten
	eingegangene Anträge	eröffnete Verfahren	durch gerichtliche Entscheidung beendet	der Klage wurde stattgegeben	die Klage wurde abgelehnt		
Zivilrechtliche Entscheidungen	460131	425120	352905 (100%)	293839 (83%)	31459 (9%)	27446 (8%)	
Klagen gegen Entscheidungen staatlicher Organe (insgesamt)	14866 2014: 16785	10773 2014: 11241	6644 (100%) 2014: 6801	2470 (37%) 2014: 2795 (41%)	4168 (63%) 2014: 4061 (59%)	8 2014: 10	
Klagen gegen Gerichtsvollzieher	5254	3703	2186	715 (33%)	1469	3	
Klagen gegen Steuerorgane: Jur. Personen	1328	1136	692	200 (29%)	492	0	
Klagen gegen Steuerorgane: Indiv- iduelle Unternehmer	182	157	113	43 (38%)	70	0	
Klagen gegen Steuerorgane: Natürliche Personen	191	145	95	29 (30%)	67	0	
Klagen gegen Zol- lorgane	121	107	75	22	53	0	
Klagen gegen lokale Verwaltungsorgane	1224	977	703	288 (41%)	412	3	
Klagen gegen Nor- mativakte	43	29	15	11	10	0	

Tabelle 8

Allgemeines Verfahren nach dem Zivilprozesskodex Kasachstans							
2015 1. Instanz	eingegangene Anträge	eröffnete Verfahren	durch gerichtliche Entscheidung beendet	der Klage wurde stattgegeben	die Klage wurde abgelehnt	VU ergangen gegen Beklagten	
Konfiskation von Grundstücken für staatliche Zwecke	1283	1141	848	782	22	44	
Schadensersatzklagen gegen Ermittlungsorgane	85	64	48	40	8	0	
Rechtswidrige staatliche Beschaffung: Ergebnis unwirksam	361	329	228	67	159	1	
Rechtswidrige staatliche Beschaffung: unlauterer Teilnehmer	29947	28751	28721	19465	6599	2601	
Umweltschutzklagen	569	536	382	356	19	7	
Steuersachen: Zahlungsklagen gegen natürliche Personen	6741	6509	5616	4942	403	271	
Steuersachen: Zahlungsklagen gegen jur. Personen	30	21	8	5	3	0	
Steuersachen: Klagen natürlicher Personen gegen die Steuerorgane	23	13	7	4	3	0	
Zollsachen	62	41	32	23	5	4	

Fazit: Es gibt in **Kasachstan** vergleichsweise wenige verwaltungsrechtliche Klagen. Etwa ein Drittel von diesen ist erfolgreich. Es gibt so gut wie keine einvernehmliche Streitbeilegung durch Vergleich in diesen Verfahren.

In **Deutschland** werden dagegen viel mehr verwaltungsrechtliche Streitigkeiten durch einen Vergleich beendet. Die Praxis des Vergleichs an Verwaltungsgerichten beweist, dass er sowohl bei den Parteien als auch bei den Richtern beliebt ist. Im Jahr 2014 standen 21 086 gerichtlichen Urteilen nach streitiger Verhandlung (ohne Asylsachen) genau 5 543 Prozessvergleiche gegenüber¹⁹. Das ist ungefähr ein Verhältnis von 1:4.

Trotz der Besonderheiten des gerichtlichen Verfahrens in Verwaltungssachen (Untersuchungsgrundsatz, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung usw.) wird der Vergleich in Deutschland unter bestimmten Voraussetzungen akzeptiert²⁰. Der Untersuchungsgrundsatz führt zwar zu einer Stärkung der prozessrechtlichen Stellung des Bürgers vor dem Verwaltungsgericht. Das bedeutet aber nicht, dass den Parteien nach Prozessbeginn die Disposition über den Rechtsstreit entzogen wäre. Es gilt weiter der Verfügungsgrundsatz. Klagerücknahme, Anerkenntnis der Klage, einvernehmliche Erledigungserklärung, ein bei Gericht protokollierter Vergleich und selbst das Ruhen des Verfahrens zwecks Aufnahme außegerichtlicher Verhandlungen über eine mögliche Einigung zwischen den Parteien sind möglich. Als Regel lässt sich festhalten, dass die Verfügungsbefugnis grundsätzlich zu bejahen ist, soweit dem Vergleich nicht Rechte Dritter, zwingende gesetzliche Regelungen oder allgemeine Grundsätze des öffentlichen Rechts entgegenstehen²¹.

4.2.3. Untersuchungsgrundsatz und gerichtlicher Vergleich

Dementsprechend sehen die neuen Entwürfe der Kirgisischen Republik und Kasachstans zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren ausdrücklich vor, dass die Parteien in öffentlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten einen Vergleich vor Gericht abschließen können (vgl. Art. 41 des kirgisischen Entwurfs, Art. 142–146 des Entwurfs von Kasachstan). Der neue Zivilprozesskodex Turkmenistans enthält zum gerichtlichen Vergleich Vorschriften, die mangels gegenteiliger Bestimmungen grundsätzlich auch für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten gelten (Art. 14, 121, 199).

Es ist daher anzunehmen, dass die Parteien in diesen Ländern zukünftig auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren häufiger einen Vergleich vor Gericht schließen werden. Die Vorteile liegen auf der Hand: Die Gerichte werden entlastet, und für den richterlich bestätigten Vergleich kann ein Vollstreckungstitel ausgestellt werden. Die fortschreitende Einführung der Mediation im Zivilprozess wird vermutlich auch den gerichtlichen Vergleich begünstigen. Es bleibt zu hoffen, dass die einvernehmliche Streitbeilegung auch im Verwaltungsprozess häufiger wird. Bisher stehen dem Vergleich vor allem zwei Umstände entgegen. Aufgrund des traditionellen, sowjetisch geprägten Prozessrechts stand der Rechtsstreit häufig nicht wirklich zur Disposition der Parteien. Der Auftrag an den Richter lautete, festzustellen, wer eine Norm verletzt hat und folglich im Rechtsstreit unterliegt. Hierfür hatte der Richter grundsätzlich die Wahrheit zu ermitteln.

¹⁹ Statistisches Bundesamt: Rechtspflege/Verwaltungsgerichte 2014 (Fachserie 10, Reihe 2.4), S. 17. Neben den verwaltungsgerichtlichen Urteilen gab es außerdem auch 58 367 verwaltungsgerichtliche Beschlüsse.

²⁰ Vgl. §§ 54, 56, 58 VwVfG BRD sowie auch, zur Nichtigkeit, §§ 44 und 59 VwVfG.

²¹ Vgl. Kopp/Schenke, am angegebenen Ort, Rz. 12 zu § 106 VwGO.

Untermauert wurde diese Ansicht durch die häufige Beteiligung von Staatsanwälten im Zivilprozess. Die Einführung der Dispositions- und Verhandlungsmaximen in privatrechtlichen Rechtsstreitigkeiten änderte diesen Prozessauftrag. Die Parteien können nun unterliegen, wenn sie nicht die erforderlichen Tatsachen und Beweismittel für ihre Klagebehauptung vorbringen. Der Richter ist nicht mehr dafür verantwortlich, dass in jedem Fall diejenige Partei unterliegt, die – wirklich oder vermeintlich – eine Norm verletzt hat.

Zugleich wirkt aber ein zweiter Umstand dem häufigeren Gebrauch des Vergleichs als Instrument der Streitschlichtung entgegen. Die Richter sehen sich in Zentralasien schnell dem Vorwurf der Befangenheit ausgesetzt, wenn sie mit den Parteien zum Zweck der Anbahnung eines Vergleichs die Sach- und Rechtslage erörtern. Anders als im deutschen Zivilprozess ist es nicht ohne weiteres möglich, dass der Richter oder die Richterin Einzelheiten über seine/ihre Einschätzung der Sachlage und der Beweislage während des Prozesses preisgibt. Die Parteien sind es gewohnt, daraufhin sogleich die Unparteilichkeit des Richters oder der Richterin anzuzweifeln. Die Richter werden hierfür manchmal sogar disziplinarisch gemäßregelt (Karasartova et al., 2015; Venice Commission, 2015; Yalovkina, 2015). Die Verhandlungskultur vor Gericht sollte sich also wandeln und dem Gespräch über den Sachverhalt und seine rechtliche Beurteilung weiteren Raum geben.

Gerade die Verwaltungsrichter werden im Rahmen des geltenden Untersuchungsgrundsatzes zu erläutern haben, weshalb sie im Gange der gerichtlichen Ermittlung dem Vortrag der einen oder anderen Partei nicht folgen können und daher z. B. weitere Aufklärung verlangen, oder weshalb sie einen bestimmten Beweisantrag ablehnen. Die aktive Rolle des Richters bei der Prozessleitung kompensiert außerdem die Ungleichheit der Parteien im verwaltungsgerichtlichen Prozess. Es ist in der Regel nicht als Befangenheitsgrund anzuerkennen, wenn eine Richterin gegenüber einer Partei Zweifel an der Beweisbarkeit einer Tatsachenbehauptung äußert, oder wenn sie kritisiert, der angebotene Beweis reiche voraussichtlich nicht aus, um eine behauptete Tatsache zu belegen. Insbesondere kann die Richterin auch in der Gerichtsverhandlung ihre grundsätzliche Ansicht über die Anwendung und Auslegung streitentscheidender gesetzlicher Vorschriften erläutern.

Die Perspektive einer wachsenden Vergleichspraxis vor den Verwaltungsgerichten hängt somit auch davon ab, wie die zentralasiatischen Juristen die Vorschriften zum Untersuchungsgrundsatz auslegen werden (vgl. Art. 12 des Gesetzentwurfs der Kirgisischen Republik, Art. 9 des Gesetzentwurfs Kasachstans, Art. 15 und 275 des Zivilprozesskodex Turkmenistans). Eine enge Auslegung zum Nachteil des Dialogs vor Gericht wäre der einvernehmlichen Streitbeilegung nicht förderlich. Auch eine Anwendung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zum Nachteil der Verhandlungsbereitschaft der Prozessvertreter der Verwaltungsbehörden wäre kontraproduktiv (vgl. Art. 142.2 und 145.4 des Entwurfs Kasachstans). Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit sollte nicht formal gesehen werden, sondern inhaltlich. Zur gerichtlichen Ablehnung eines Vergleichs ist in jedem Fall zu prüfen, ob die Verwaltungsbehörde gegen Normen, gegen das öffentliche Interesse oder gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung handeln würde, wenn sie sich mit einem privaten Bürger einigen würde. In vielen Fällen steht dem Interesse einer einvernehmlichen Streitbeilegung nichts entgegen – im Gegenteil, es kann durchaus im öffentlichen Interesse sein, sich zu einigen.

4.2.4. *Ausblick und Empfehlungen*

Ganz abgesehen von diesem Aspekt zeigen die Ausarbeitung von Gesetzentwürfen für die eigenständige Regelung des gerichtlichen Verwaltungsprozesses in der Kirgisischen Republik und in Kasachstan (sowie dahingehende Reformüberlegungen in den anderen zentralasiatischen Staaten) eine zunehmende Bereitschaft zur Spezialisierung der Gerichte im Verwaltungsrecht. Durch die Herauslösung der prozessualen Vorschriften aus dem Zivilprozesskodex und die Begründung einer eigenen, zusammenhängenden Prozessordnung für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten wird die Grundlage für weitergehende positive Entwicklungen geschaffen:

- eine saubere Trennung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten;
- eine bessere Anwendung der Prozessgrundsätze, insbesondere des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsprozess und des Verhandlungs- und Beibringungsgrundsatzes im Zivilprozess;
- eine weitergehende Spezialisierung von Rechtsanwälten und Richtern im Verwaltungsrecht;
- ein Ausbau des Rechtsschutzes durch passende Klageformen und besondere Klagevoraussetzungen;
- eine direkte Anwendung von verfassungsrechtlichen Grundsätzen im Verwaltungsrecht, insbesondere die uneingeschränkte Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, sowie auch eine stärkere Beachtung der Grundrechte im Verwaltungsprozess.

Für die weitere Unterstützung der Entwicklung des öffentlichen Rechts in Zentralasien erscheinen die folgenden zehn Schritte und Maßnahmen überlegenswert:

1. **Propagieren der Ideen** zur Reform von Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Prozess im Sinne der dargestellten Konzeption (zugleich Fortsetzung der langjährigen Lobbyarbeit).

2. Hinwirken auf Gründung von nationalen **Arbeitsgruppen** zur Erarbeitung von Gesetzesentwürfen und zum regionalen und internationalen Rechtsvergleich sowie eine länderübergreifende Diskussion der Modellvorschriften.

3. Einrichten einer eigenen **Verwaltungsgerichtsbarkeit** oder von spezialisierten Spruchkörpern in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die die Streitigkeiten aufgrund einer eigenen Prozessordnung regeln.

4. Grundsätzlich sollte das (vorgerichtliche) **Widerspruchsverfahren obligatorisch** sein.

5. Modernisierung des Verwaltungsrechts und der Verwaltungswissenschaft durch Lehre, Forschung und **internationalen Vergleich**.

6. Integration moderner Ansätze des Verwaltungsrechts in **Aus- und Fortbildung** von Juristen.

7. **Implementierung von Reformgesetzen**, z.B. des Verwaltungsverfahrensgesetzes Kirgisiens (Fortbildungsmaßnahmen, Zusammenarbeit mit Pilotbehörden, Bildung eines öffentlichen Rechtsbewusstseins, *Public Awareness Raising*).

8. Stärkung des individuellen Rechtsschutzes, einschließlich der Rechtshilfe und der Verbesserung des **Zugangs zu Recht**.

9. Verbesserung der **Rahmenbedingungen** (z.B. Veröffentlichung der Leitentscheidungen von Verwaltungsbehörden und Gerichten, Anpassung der Gehälter der Beam-

ten und Richter, regelmäßige Fortbildungen des gesamten Justizpersonals, Stärkung des Verwaltungsrechts in der Ausbildung, Stärkung von Antikorruptionsmaßnahmen – insbes. Prävention, Stärkung der Bürgerbeteiligung im Verwaltungsrecht).

10. Staatliches und zivilgesellschaftliches **Monitoring der Umsetzung** der Reformen, ggf. auch Monitoring von Gerichtsprozessen und Analyse von Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen.

Bibliographie:

1. Amnesty International Annual Report 2016/17 / Amnesty International. URL: <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2017/02/amnesty-international-annual-report-201617/>.

2. Anti-corruption Reforms in Eastern Europe and Central Asia: Progress and Challenges, 2013–2015 / OECD. URL: <https://www.oecd.org/corruption/acn/Anti-Corruption-Reforms-Eastern-Europe-Central-Asia-2013-2015-ENG.pdf>.

3. BTI 2018 Country Report: Kyrgyzstan. URL: https://www.bti-project.org/fileadmin/files/BTI/Downloads/Reports/2018/pdf/BTI_2018_Kyrgyzstan.pdf.

4. Central Asia: Five Years of EU Engagement. Impact on Rights Hampered by Lack of Clear Expectations, Policy Consequences. *Human Rights Watch*. 2012. June 20. URL: <http://www.hrw.org/news/2012/06/20/central-asia-five-years-eu-engagement>.

5. Collins K. *Clan Politics and Regime Transition in Central Asia*. New York : Cambridge University Press, 2006. 370 p.

6. Das Statistische Bundesamt. URL: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte2100240147004.pdf?__blob=publicationFile.

7. Golovko L.V. Politische Grenzen und theoretische Deformationen: wenig Raum für Rechtsreformen in Zentralasien. *Jahrbuch zur Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) 2010*. Baden-Baden, 2011. Band 16. S. 119–131.

8. Gramatikov M., Kabir M. Accessing Justice: Legal Aid in Central Asia and in the South Caucasus. Bratislava : UNDP Regional Centre for Europe and the CIS, 2013. URL: https://www.undp.org/content/dam/rbec/docs/LegalAid_SouthCaucasus&CentralAsia.pdf.

9. Knieper R., Chanturia L., Schramm H.-J. *Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien: Bestandsaufnahme und Entwicklung*. Berlin, 2010. 660 S.

10. Kyrgyzstan – Dismissal of a Judge of the Constitutional Chamber: Statement by the President of the Venice Commission. *Council of Europe: official site*. 2015. June 25. URL: <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2044>.

11. Report of the GIZ Integrity Scan conducted in the Kyrgyz Republic in January 2016 / J.J. Deppe et al. Bishkek : GIZ sector project “Anti-Corruption and Integrity”, 2016. 200 p.

12. Report of the Supreme Court of Georgia for 2012. Part II: Administrative cases / Supreme Court of Georgia. URL: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/administraciulieng2012.pdf>.

13. Report of the Supreme Court of Georgia for 2015. Part II: Administrative cases / Supreme Court of Georgia. URL: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2015-year-administr.pdf>.

14. Spanger H.-J. *Revolution und Stagnation Regionalbericht Postsowjetisches Eurasien (BTI 2016)*. URL: https://www.bti-project.org/fileadmin/files/BTI/Downloads/Reports/2016/pdf_regional/BTI_2016_Regionalbericht_PSE.pdf.

15. “Until the Very End”: Politically Motivated Imprisonment in Uzbekistan. *Human Rights Watch*. 2014. September 25. URL: <https://www.hrw.org/report/2014/09/25/until-very-end/politically-motivated-imprisonment-uzbekistan>.

16. “We Are Not the Enemy”: Violations of Workers’ Rights in Kazakhstan. *Human Rights Watch*. 2016. November 23. URL: <https://www.hrw.org/report/2016/11/23/we-are-not-enemy/violations-workers-rights-kazakhstan>.

17. Winter G. Verwaltungsrechtsentwicklung und ihre ausländische Beratung in Transformationsstaaten. Das Beispiel Georgiens. *Verwaltungsarchiv: Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*. 2010. № 101. S. 408–436. URL: <http://www.gerd-winter.jura.uni-bremen.de/vwrentwicklung.pdf>.

18. Worldwide Governance Indicators. URL: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>.

19. Yalovkina A. Kyrgyzstan Judge’s Dismissal Looks Like Government Interference. *Institute for War & Peace Reporting: official site*. 2015. June 26. URL: <https://iwpr.net/global-voices/kyrgyzstan-judges-dismissal-looks-government>.

20. Карасартова Р., Токтакунов Н., Ирискулбеков Э. Правовой анализ реализации норм законодательства Кыргызской Республики в части освобождения судей Конституционной палаты Верховного суда. *Институт общественного анализа*. 2015. 15 октября. URL: http://www.koom.kg/view_material.php?id=3054.

21. Коротко о мировой практике медиации. *Национальный центр медиации*. 2018. 20 февраля. URL: <http://www.mediationkg.com/index.php/o-mediatsii/stati.html>.

22. Порохов Е.В. Административные процедуры. Алматы, 2011. URL: <https://www.zakon.kz/214693-administrativnye-procedury-e.v.porokhov.html>.

23. Пресс-релизы / Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. URL: <http://service.pravstat.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat>.

24. Проект Федерального закона № 64090-3 «Об административных процедурах» (внесен в 2001 г., отклонен в 2009 г.). *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина*. 2016. № 5. С. 15–56. URL: http://vestnik-msal.ru/articles/article_102615.html.

25. Стариков Ю.Н. Российский закон об административных процедурах должен стать неотъемлемой частью современного административного законодательства. *Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право»*. 2015. № 3. С. 20–28. URL: <http://www.vestnik.vsu.ru/pdf/pravo/2015/03/2015-03-04.pdf>.

26. Судова статистика / Вищий адміністративний суд України. URL: <http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/statistika/>.

27. Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Развитие арбитража и медиации в Республике Казахстан. *Современные тенденции развития арбитража и медиации в Центрально-Восточной Европе и избранных странах Азии* : материалы научной конференции, г. Одесса, 15–16 сентября 2010 г. Одесса, 2010. С. 15–21. URL: <http://zangerlf.com/ru/publications/158>.

References:

1. Amnesty International (2017). Amnesty International Annual Report 2016/17. Retrieved from: <https://www.amnesty.org/en/latest/research/2017/02/amnesty-international-annual-report-201617/> [in English].

2. OECD (2015). Anti-corruption Reforms in Eastern Europe and Central Asia: Progress and Challenges, 2013–2015. Retrieved from: <https://www.oecd.org/corruption/acn/Anti-Corruption-Reforms-Eastern-Europe-Central-Asia-2013-2015-ENG.pdf> [in English].

3. BTI (2018). BTI 2018 Country Report: Kyrgyzstan. Retrieved from: https://www.bti-project.org/fileadmin/files/BTI/Downloads/Reports/2018/pdf/BTI_2018_Kyrgyzstan.pdf [in English].

4. Human Rights Watch (2012). Central Asia: Five Years of EU Engagement. Impact on Rights Hampered by Lack of Clear Expectations, Policy Consequences. Retrieved from: <http://www.hrw.org/news/2012/06/20/central-asia-five-years-eu-engagement> [in English].
5. Collins, K. (2006). *Clan Politics and Regime Transition in Central Asia*. New York: Cambridge University Press [in English].
6. Das Statistische Bundesamt [The Federal Statistical Office]. Retrieved from: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte2100240147004.pdf?__blob=publicationFile [in German].
7. Golovko, L. (2011). Politische Grenzen und theoretische Deformationen: wenig Raum für Rechtsreformen in Zentralasien [Political boundaries and theoretical deformations: little space for legal reforms in Central Asia]. *Jahrbuch zur Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) 2010*. Baden-Baden, vol. 16, pp. 119–131 [in German].
8. Gramatikov, M., Kabir, M. (2013). *Accessing Justice: Legal Aid in Central Asia and in the South Caucasus*. Bratislava: UNDP Regional Centre for Europe and the CIS. Retrieved from: https://www.undp.org/content/dam/rbec/docs/LegalAid_SouthCaucasus&CentralAsia.pdf [in English].
9. Knieper, R., Chanturia, L., Schramm, H.-J. (2010). *Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien: Bestandsaufnahme und Entwicklung* [Private law in the Caucasus and Central Asia: inventory and development]. Berlin [in German].
10. Venice Commission (2015). *Kyrgyzstan – Dismissal of a Judge of the Constitutional Chamber: Statement by the President of the Venice Commission*. *Council of Europe: official site*. Retrieved from: <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2044> [in English].
11. Deppe, J.J. et al. (2016). Report of the GIZ Integrity Scan conducted in the Kyrgyz Republic in January 2016. Bishkek: GIZ sector project “Anti-Corruption and Integrity” [in English].
12. Supreme Court of Georgia (2012). Report of the Supreme Court of Georgia for 2012. Part II: Administrative cases. Retrieved from: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/administraciulieng2012.pdf> [in English].
13. Supreme Court of Georgia (2015). Report of the Supreme Court of Georgia for 2015. Part II: Administrative cases. Retrieved from: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2015-year-administr.pdf> [in English].
14. Spanger, H.-J. (2016). *Revolution und Stagnation Regionalbericht Postsowjetisches Eurasien (BTI 2016)* [Revolution and Stagnation Regional Report Post-Soviet Eurasia (BTI 2016)]. Retrieved from: https://www.bti-project.org/fileadmin/files/BTI/Downloads/Reports/2016/pdf_regional/BTI_2016_Regionalbericht_PSE.pdf [in German].
15. Human Rights Watch (2014). “Until the Very End”: Politically Motivated Imprisonment in Uzbekistan. Retrieved from: <https://www.hrw.org/report/2014/09/25/until-very-end/politically-motivated-imprisonment-uzbekistan> [in English].
16. Human Rights Watch (2016). “We Are Not the Enemy”: Violations of Workers’ Rights in Kazakhstan. Retrieved from: <https://www.hrw.org/report/2016/11/23/we-are-not-enemy/violations-workers-rights-kazakhstan> [in English].
17. Winter, G. (2010). *Verwaltungsrechtsentwicklung und ihre ausländische Beratung in Transformationsstaaten. Das Beispiel Georgiens* [Development of administrative law and advice abroad in transition countries. The example of Georgia]. *Verwaltungsarchiv: Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, no. 101, pp. 408–436. Retrieved from: <http://www.gerd-winter.jura.uni-bremen.de/vwrentwicklung.pdf> [in German].
18. Worldwide Governance Indicators. Retrieved from: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home> [in English].
19. Yalovkina, A. (2015). *Kyrgyzstan Judge’s Dismissal Looks Like Government Interference*. *Institute for War & Peace Reporting: official site*. Retrieved from: <https://iwpr.net/global-voices/kyrgyzstan-judges-dismissal-looks-government> [in English].

20. Karasartova, R., Toktakunov, N., Iriskulbekov, E. (2015). Pravovoi analiz realizatsii norm zakonodatelstva Kyrgyzskoi Respubliki v chasti osvobozhdeniia sudei Konstitutsionnoi palaty Verkhovnogo suda [Legal analysis of the implementation of the legislation of the Kyrgyz Republic regarding the release of judges of the Constitutional Chamber of the Supreme Court]. Retrieved from: http://www.koom.kg/view_material.php?id=3054 [in Russian].

21. National Center for Mediation (2018). Korotko o mirovoi praktike mediatsii [Briefly about the world practice of mediation]. Retrieved from: <http://www.mediationkg.com/index.php/o-mediatsii/stati.html> [in Russian].

22. Porokhov, E.V. (2011). Administrativnye protsedury [Administrative procedures]. Almaty Retrieved from: <https://www.zakon.kz/214693-administrativnye-procedury-e.v.porokhov.html> [in Russian].

23. Committee on Legal Statistics and Special Accounts of the General Prosecutor's Office of the Republic of Kazakhstan. Press-relizy [Press Releases]. Retrieved from: <http://service.pravstat.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat> [in Russian].

24. Pokhmelkin, V.V. (2016). Proekt Federalnogo zakona № 64090-3 "Ob administrativnykh protsedurakh" (vnesen v 2001 g., otklonen v 2009 g.) [Draft Federal Law № 64090-3 "On Administrative Procedures" (introduced in 2001, rejected in 2009)]. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina*, no. 5, pp. 15–56. Retrieved from: http://vestnik-msal.ru/articles/article_102615.html [in Russian].

25. Starilov, Iu.N. (2015). Rossiiskii zakon ob administrativnykh protsedurakh dolzhen stat neotieemlemai chastiu sovremennogo administrativnogo zakonodatelstva [The Russian law on administrative procedures should become an integral part of modern administrative legislation]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya "Pravo"*, no. 3, pp. 20–28. Retrieved from: <http://www.vestnik.vsu.ru/pdf/pravo/2015/03/2015-03-04.pdf> [in Russian].

26. Supreme Administrative Court of Ukraine. Sudova statystyka [Judicial statistics]. Retrieved from: <http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/statistika/> [in Ukrainian].

27. Suleimenov, M.K., Duisenova, A.E. (2010). Razvitie arbitrazha i mediatsii v Respublike Kazakhstan [Development of arbitration and mediation in the Republic of Kazakhstan]. *Sovremennye tendentsii razvitiia arbitrazha i mediatsii v Tsentralno-Vostochnoi Evrope i izbrannykh stranakh Azii* (Proceedings of the Scientific Conference). Odessa, pp. 15–21. Retrieved from: <http://zangerlf.com/ru/publications/158> [in Russian].

GENERAL ADMINISTRATIVE LAW IN DEVELOPMENT IN CENTRAL ASIA

Jörg Pudelka,

GIZ Country Director of Kazakhstan,

Judge at the Administrative Court of Berlin (Germany)

jorg.pudelka@giz.de

Dr. Jens Johannes Deppe,

*Senior Planning Officer on Administrative Reform bei Deutsche Gesellschaft
für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH*

jorg.pudelka@giz.de

Transformation in the Central Asia is seen as regards to move towards the market economy, while democratization – rather in deficit. Nevertheless author sees new signs in the relations of individuals and the state. While the Kyrgyz Republic, Tajikistan and Kazakhstan introduced new administrative

procedural laws, they are so revolutionary or, to the contrary, meaningless that their application is not yet certain or requires continued effort. Not only government resources valued as scarce but legal and administrative sciences are behind needs.

Findings on administrative and constitutional judiciary presented for Kazakhstan, Uzbekistan, Tajikistan and Turkmenistan. In the first state they are rather active, while in Uzbekistan and Tajikistan rather in shadow, while no one in Turkmenistan. The Kyrgyz Republic has recently given its constitutional court control to its Supreme Court.

Public administration in Central Asia author sees as defect, mass media under strict state control, right to a complaint and to a lawsuit as not generally known (kind of exception: Kyrgyz Republic). Presented findings to legal advice and assistance especially in courts valued low or not granted in civil and administrative disputes, legal guarantees of access to justice as uncertain.

“Worldwide Governance Indicators (WGI)” are presented and except in accountability of government, rule of law and the control of corruption other points are valued as positive.

Having earlier Russia as a leading example now it qualifies no more, generally there is no modelling for administrative matters and laws. As models author presents sections 9, 10, 22, 24, 25, 26, 28 and some basic principles of the German Federal Administrative Procedure Act.

Valuing findings, some changes named substantial / sustainable, most rather formal of short-lived. Kazakhstan is named in every respect better than Tajikistan, Turkmenistan and Uzbekistan. Latter states have equally negative reform policy. Except in the Kyrgyz Republic the elections are described as not free and fair.

Key words: transformation in the Central Asia, relations of individuals and the state, Kyrgyz Republic, Tajikistan, Kazakhstan, new administrative procedural laws, administrative and constitutional judiciary, constitutional control, public administration in Central Asia, state control, right to a complaint and to a lawsuit, legal advice, “Worldwide Governance Indicators (WGI)”, Russia, German model for administrative matters.

DIE DURCHSETZUNG VON VERFÜGUNGEN NACH SCHWEIZERISCHEM VERWALTUNGSRECHT

In diesem Beitrag wird auf das eher selten behandelte Thema der „Vollstreckung“ von Verwaltungsakten eingegangen, das an der Schnittstelle zwischen Verwaltungsgesetz und Verwaltungsverfahrensgesetz liegt. Besonderes Gewicht wird dabei Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen über die Vollstreckung von Verwaltungsakten und anderen Arten von Entscheidungen beigemessen, die im Zusammenhang mit einer Strafandrohung nach Artikel 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches stehen. Angesichts des neueren Urteils des Bundesverwaltungsgerichts dazu wird im Artikel auch das Betreibungs- und Insolvenzgesetz erläutert und auf den Unterschied zwischen der Vollstreckung von Verwaltungsakten und der Vollstreckung von vertraglichen Ansprüchen der öffentlichen Hand hingewiesen.

Stichwörter: Verwaltungsrecht, Schweiz, Vollstreckung von Verwaltungsakten, Gültigkeit eines Verwaltungsakts, Vollstreckungsbehörde, Rechtsschutz gegen Entscheidungen über die Vollstreckung von Verwaltungsakten, Strafandrohung, Anordnung von Geld- und Schuldentilgung, Behörde Handeln im Rahmen seiner hoheitlichen Zuständigkeiten, Substituierte Leistung.

Marc Steiner,
*Richter des
Bundesverwaltungsgerichts
(Schweiz)*

1. Vorbemerkungen

Um die folgenden Ausführungen zur Vollstreckung von Verfügungen zu verstehen sind zunächst einige Worte zum rechtlichen Rahmen zu verlieren, in welchem sich die Verwaltung in der Schweiz bewegt. Vorab ist klarzustellen, dass im Unterschied zur deutschen Terminologie der Begriff des Verwaltungsakts nicht sehr gebräuchlich ist; indessen meint der schweizerische Begriff der Verfügung jedenfalls weitgehend dasselbe. Im Stichwortverzeichnis eines bekannten Lehrbuchs (Häfelin et al., 2010) heisst es deshalb zum Begriff Verwaltungsakt knapp „siehe Verfügung“.

Wie in Deutschland war auch in der Schweiz die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Weg mit Hindernissen. So wurde etwa im Kanton Zürich das erste Verwaltungsrechtspflegegesetz in den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts in einer Volksabstimmung abgelehnt. Dies war unter anderem darauf zurückzuführen, dass die Regierung dem Gesetz gegenüber kritisch eingestellt war mit der Begründung, die Tätigkeit des Verwaltungsgerichts könne zu einem Hemmnis für die Regierungstätigkeit werden (Griffel, 2010: Rz. 8).

Zudem ergibt sich aus dem föderalen System der Schweiz, dass der Bund und jeder Kanton eine eigene Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts kennen, wogegen das Zivil- und Strafprozessrecht im Rahmen der als Zusatzpaket zum Erlass der neuen Bundesverfassung (Swiss Confederation, 1999) an die Hand genommenen Justizreform vereinheitlicht worden sind. Die einheitliche Zivilprozessordnung ist ebenso wie die Strafprozessordnung gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV bzw. Art. 123 Abs. 1 BV per 1. Januar 2011 in Kraft getreten. In diesem Zusammenhang ist indessen zu erwähnen, dass die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts – unser höchstes Gericht (Art. 188 BV) mit Sitz in Lausanne am Genfersee – betreffend die Verfahrensgarantien der Verfassung faktisch zu einer nicht zu unterschätzenden Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts geführt hat. Aus dem föderalen System ergibt sich auch, dass Bund und Kantone die Vollstreckung der jeweiligen Verfügungen je eigenständig regeln, wobei die Kantone gemäss Art. 43 VwVG verpflichtet sind, den Bundesbehörden in der Vollstreckung Rechtshilfe (bzw. Amtshilfe) zu leisten. Das ist in der Schweiz besonders bedeutsam, weil nur die Kantone über Polizeikräfte verfügen.

Eine weitere Besonderheit der schweizerischen Regelung des Verwaltungsverfahrens im Vergleich etwa zum deutschen

Recht ist, dass das Verwaltungsverfahrensrecht und der Gegenstand der deutschen Verwaltungsgerichtsordnung in der Schweiz in einem einzigen Gesetz geregelt sind, das auf Bundesebene Verwaltungsverfahrensgesetz¹ und in den Kantonen mehr oder weniger einheitlich Verwaltungsrechtspflegegesetz genannt wird. Sehr schön wird das auch am französischen Titel des Erlasses vom 23. Mai 1991 deutlich, der das öffentliche Prozessrecht des Kantons Freiburg regelt, der „Code de procédure et de juridiction administrative“ lautet. Das Verfahren, das zum Erlass der erstinstanzlichen Verfügung führt, wird also im selben Gesetz geregelt wie die Anfechtung dieser Verfügung im Sinne verwaltungsin-
terner Rechtsmittel oder im Sinne verwaltungsgerichtlicher Überprüfung. Daneben tritt zwar jeweils auch ein Erlass, der die Gerichtsorganisation regelt. Dieser verweist aber in Bezug auf das anzuwendende Verfahrensrecht regelmässig auf das Verwaltungsverfahrens- bzw. Verwaltungsrechtspflegegesetz. Als Beispiel sei etwa für die Bundesebene auf das Verwaltungsgerichtsgesetz² hingewiesen, dessen Artike 137 klarstellt, dass sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richtet, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nicht – meint: ausnahmsweise – etwas anderes bestimmt³.

Die Verfügung hat wie der deutsche Verwaltungsakt zwei Funktionen, nämlich die häufigste Art des (erstinstanzlichen) Verwaltungshandelns zu beschreiben, und diese zugleich als Anfechtungsobjekt zu definieren für die (verwaltunginterne oder gerichtliche) Verwaltungsrechtspflege. Ergänzt wird die Gesetzgebung zum Verwaltungsverfahrensrecht durch die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV. Nach dieser Bestimmung hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Dabei können unter ganz restriktiven Voraussetzungen „Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter“ von der Rechtsweggarantie ausgenommen werden⁴.

2. Die Vollstreckungsverfügung und deren Anfechtung

Ein Gesetz hat Rechtsqualität nur dann, wenn dessen Missachtung nicht folgenlos bleibt. Durch die Umsetzung gewinnt das Gesetz die notwendige Glaubwürdigkeit. Dazu bedarf es nötigenfalls der Vollstreckung. Im Unterschied zu Privaten, die sich dazu an Gerichte oder Behörden wenden müssen, darf bzw. muss der Staat seine Verwaltungsakte selbst vollstrecken. Die Verwaltung ist zur Durchsetzung des öffentlichen Rechts verpflichtet und verfügt insoweit grundsätzlich nicht über Ermessensspielraum im Sinne von Opportunitätsüberlegungen⁵. Verzichtet die Verwaltung auf die Durchsetzung der Rechtsordnung, kann sich daraus unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch des Rechtsunterworfenen auf Gleichbehandlung im Unrecht ergeben. Auch setzt sich der Staat Haftungsrisiken aus, wenn er etwa das Gewässerschutzgesetz nicht vollzieht. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob ein Nachbar, dessen Grundstück mit giftigen Abwässern verunreinigt wird, nur den Nachbarn belangen kann, der keine Schutzmassnahmen getroffen hat, die das Austre-

¹ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021).

² Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32).

³ Das gilt allerdings nicht für das Verfahren vor dem Bundesgericht.

⁴ Art. 86 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110).

⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2593/2012 vom 16. August 2012 E. 5.3.

ten von Abwässern verhindern, sondern auch den Staat, der nachweislich entgegen gesetzlichem Auftrag jahrelang keine Kontrollen durchgeführt hat.

In Art. 5 Abs. 1 VwVG wird der Verfügungsbegriff definiert. Als Verfügungen gelten Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht (des Bundes) stützen und namentlich die Begründung, Änderung und Aufhebung von Rechten und Pflichten zum Gegenstand haben. Art. 5 Abs. 2 VwVG regelt gemäss den Erläuterungen der Regierung einige „atypische Anordnungen“ der Verwaltung⁶. Mit anderen Worten soll der Umstand, dass der Vollstreckungsverfügung eine materielle Verfügung oder Sachverfügung genannter Verwaltungsakt vorausgeht, den es „nur“ noch zu vollstrecken gilt, nicht als Argument dienen können, um die Gewährung von Rechtsschutz in Frage zu stellen. Nach Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Artikel 5 VwVG. Das gilt nach der Rechtsprechung grundsätzlich auch für Vollstreckungsverfügungen⁷. Dasselbe gilt auch für das Verfahren vor dem Bundesgericht, nachdem eine in der Lehre stark kritisierte Bestimmung, welche Vollstreckungsverfügungen als nicht vor Bundesgericht anfechtbar erklärt hat, nicht in das seit dem 1. Januar 2007 geltende Bundesgerichtsgesetz übernommen worden ist⁸. Vollstreckbar wird eine Sachverfügung, wenn sie nicht mehr durch Rechtsmittel angefochten werden kann, wenn dem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt oder die aufschiebende Wirkung entzogen ist bzw. im Rechtsmittelverfahren einem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen wird (Art. 39 VwVG). Aus dieser Logik ergibt sich, dass die Vollstreckungsverfügung in der Regel wegen verspätet erhobener Rüge insoweit nicht mehr anfechtbar ist, als die Rechtmässigkeit der Sachverfügung in Frage steht, auf welche sich die Vollstreckungsverfügung stützt⁹. Die behauptete Rechtswidrigkeit muss also im Vollstreckungsentscheid selbst begründet sein. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass die Sachverfügung wichtig ist oder der Beschwerdeführer schwerwiegende Grundrechtsverletzungen geltend macht¹⁰. Von überragender Bedeutung ist in Bezug auf die Frage der Rechtmässigkeit der Vollstreckungsverfügung der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV). Nach Art. 42 VwVG darf sich die Behörde keines schärferen Zwangsmittels bedienen, als es die Verhältnisse erfordern. Ausserdem muss die Vollstreckung dem Betroffenen zumutbar sein. Ausdruck des Gebots verhältnismässigen Staatshandelns ist aber auch die Pflicht der Behörde, mit der Androhung des exekutorischen Zwangsmittels eine angemessene Erfüllungsfrist zu setzen (Tschannen et al., 2014: § 32 Rz. 18).

⁶ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965, Bundesblatt 1965 II 1348 ff., insb. S. 1364.

⁷ Vgl. etwa die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2546/2013 vom 26. September 2013 E. 1.1 und A-6488/2014 vom 30. November 2015 E. 1.1.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 1C_15/2007 vom 27. April 2007 E. 1.2; vgl. zur Kritik am nicht mehr geltenden Bundesrechtspflegegesetz etwa Ulrich Zimmerli, Die Durchsetzung der Verwaltungsrechtsordnung, in: Staats- und verwaltungsrechtliches Kolloquium Interlaken April 1987, S. 30 ff., insb. S. 39 ff.

⁹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965, Bundesblatt 1965 II 1348 ff., insb. S. 1369.

¹⁰ Urteile des Bundesgerichts 1C_15/2007 vom 27. April 2007 E. 1.3 und 1C_603/2012 vom 19. September 2013 E. 4.1.

Was der Autor dieser Zeilen im Moment der Zusage für die Tagung in Astana noch nicht wusste: Nach dem Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes ist nicht restlos klar, welches die eigentliche Vollstreckungsverfügung ist. Man kann entweder in der Androhung der Vollstreckung oder in der Anordnung nach unbenutztem Ablauf der unter Vollstreckungsandrohung angesetzten Frist die anfechtbare Vollstreckungsverfügung sehen. Aus der Sicht des Zürcher Verfahrensrechts ist klar, dass die blossе Androhung der Vollstreckung keine Vollstreckungsverfügung ist (Griffel, 2010: Rz. 4 zu § 31 VRG ZH). Im Unterschied dazu gehen etwa Tschannen/Zimmerli/Müller davon aus, dass die Anordnung, welche die Androhung des Zwangsmittels unter Ansetzung einer letzten Erfüllungsfrist gemäss Art. 41 Abs. 2 VwVG zum Gegenstand hat, als Vollstreckungsverfügung zu bezeichnen ist (Tschannen et al., 2014: § 32 Rz. 15). Diese Konzeption widerspricht indessen den Erläuterungen der Regierung zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, nach welchen „die Anordnung der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwanges, nicht schon deren Androhung <...> beschwerdefähig“ ist¹¹. In diesem Sinne hat denn auch das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass die Ausgestaltung der Anordnung der Ersatzvornahme nach ungenutztem Ablauf der Erfüllungsfrist am besten der Systematik des Gesetzes entspricht¹². Es hat indessen offen gelassen, ob es auch zulässig gewesen wäre, bereits die Androhung als Verfügung auszugestalten und sodann auf eine formelle Festsetzung der angedrohten Ersatzvornahme zu verzichten. Nach der hier vertretenen Auffassung kann sich die Behörde jedenfalls im Rahmen der Anfechtung der Anordnung betreffend Vollstreckung nach Ablauf der in der Androhung genannten Frist nicht gegen deren Anfechtbarkeit wehren mit der Begründung, sie habe bereits die Androhung mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und die die Androhung enthaltene Verfügung sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Die Androhung kann übrigens auch im Sinne einer unselbständigen Androhung bereits in der Sachverfügung enthalten sein (Ackermann Schwendener, 2000: 164).

Schliesslich ist anzumerken, dass zwar im deutschen Recht regelmässig erwartet wird, dass namentlich grössere Verwaltungseinheiten eine Vollstreckungsbehörde ernennen. In der Schweiz ist demgegenüber für die Vollstreckung namentlich auf Bundesebene diejenige Behörde zuständig, die auch die zu vollstreckende Sachverfügung erlassen hat (Art. 39 Abs. 1 VwVG). Die exekutorische Vollstreckung (etwa in Form der Ersatzvornahme) ist von einer repressiven Sanktion zu unterscheiden; die Befugnis zur Vollstreckung ist der Befugnis zum Erlass von Sachverfügungen inhärent (Tschannen et al., 2014: § 32 Rz. 12).

3. Die Strafdrohung gemäss Art. 292 des Strafgesetzbuches als Besonderheit des schweizerischen Rechts

Gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. d VwVG kann die Behörde zwecks Vollstreckung einer Verfügung dieselbe mit einer Strafdrohung gemäss Art. 292 des Strafgesetzbuches¹³ verbinden. Die Androhung selbst hat Beugecharakter, wogegen die aufgrund einer Strafanzeige der Behörde erfolgende Verurteilung durch den Strafrichter repressiven Charakter hat. So gesehen ist die Verbindung einer Sachverfügung mit einer Strafdrohung im Unterschied

¹¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren vom 24. September 1965, Bundesblatt 1965 II 1348 ff., insb. S. 1369.

¹² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2593/2012 vom 16. August 2012 E. 1.1.3.

¹³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

etwa zur Ersatzvornahme kein klassischer Anwendungsfall der exekutorischen Vollstreckung. Art. 292 StGB lautet wie folgt: „Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft“. Da die Umschreibung dieses Straftatbestandes sehr weit ist, setzt die Bestrafung mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot jedenfalls voraus, dass die dem Verfügungsadressaten auferlegte Verpflichtung in der Sachverfügung „hinreichend klar umschrieben“ wird (Niggli, Wiprächtiger, 2013: Rz. 80 zu Art. 292 StGB). Der Beugecharakter wird selbstverständlich nur erreicht, wenn der Verfügungsadressat vor der Strafanzeige der Behörde beim Strafrichter auf die ihm drohende Strafe hingewiesen wird. Ohne entsprechende Androhung darf der Verfügungsadressat also nicht gestützt auf Art. 292 StGB gebüsst werden. Die Strafdrohung muss ausserdem Gegenstand des Dispositivs bilden und darf nicht lediglich in der Begründung einer Verfügung ausgesprochen werden. Besondere Fragen stellen sich in Bezug auf den Rechtsschutz. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine Beweisanordnung dadurch einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG zur Folge haben, dass sie mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbunden wird oder wenn die zwangsweise Durchsetzung der Beweismassnahme angedroht wird¹⁴. Daraus könnte der Schluss zu ziehen sein, dass auch in Bezug auf andere mit einer Strafandrohung bewehrte Anordnungen des Instruktionsrichters am Bundesverwaltungsgericht die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zumindest als Indiz für das Vorliegen eines nicht widergutzumachenden Nachteils und damit für die Anfechtbarkeit vor Bundesgericht zu bewerten ist (Niggli, Wiprächtiger, 2013: Rz. 198 zu Art. 292 StGB). Dies lässt sich etwa an einem Beispiel aus dem Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens illustrieren. Dabei ist an den Fall zu denken, dass der Beschwerdeführer dem Instruktionsrichter mitteilt, dass die Vergabestelle unter Missachtung des Superprovisoriums die Gegenstand des Verfahrens bildenden Bauarbeiten nicht unterbrochen habe, und der Instruktionsrichter der Vergabestelle unter Hinweis auf Art. 292 StGB die Fortführung der Bauarbeiten untersagt¹⁵. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob aus dieser Argumentation auch Rückschlüsse in Bezug auf die Anfechtung von Zwischenverfügungen der Verwaltung vor Bundesverwaltungsgericht möglich sind. Nach der hier vertretenen Auffassung können diesbezüglich aus Art. 41 VwVG keine Schlüsse gezogen werden, weil sich der Begriff Androhung hier ausdrücklich nur auf die exekutorische Vollstreckung bezieht (Auer et al., 2008: Rz. 44 zu Art. 41 VwVG mit Hinweisen). Nicht überzeugend ist jedenfalls die Begründung des Bundesverwaltungsgerichts, soweit sie die Anfechtbarkeit einer vorinstanzlichen Verfügung, welche eine Strafdrohung gemäss Art. 292 StGB enthält, mit der Begründung verneint, die Vorinstanz müsse eine allfällige Busse oder Haft in anfechtbarer Weise wiederum verfügen (Niggli, Wiprächtiger, 2013: Rz. 198 zu Art. 292 StGB). Die Behörde, welche eine Strafe nach Art. 292 StGB angedroht hat, gelangt an den Strafrichter, um die Verurteilung des Rechtsunterworfenen zu erreichen.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 5D_166/2011 vom 13. Dezember 2011 E. 2.4.1.

¹⁵ Vgl. dazu den dem Verfahren B-4657/2009 zugrunde liegenden Sachverhalt; vgl. zu Behördenmitgliedern als Adressaten einer Androhung gemäss das Urteil des Bundesgerichts 5A_498/2008 vom 19. November 2008 E. 4.3.2, wobei ein Bundesamt als Vergabestelle nicht als Behörde hoheitlich tätig wird, sondern als regulierungsbedürftiger Wirtschaftsakteur.

4. Die Vollstreckung von Geldforderungen

Nach Art. 40 VwVG werden Verfügungen auf Geldzahlungen oder Sicherheitsleistungen auf dem Wege der Schuldbetreibung zu vollstrecken. Diese wiederum richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs¹⁶. Um das zu verstehen, muss man zunächst wissen, dass für öffentlich-rechtliche Forderungen nach Art. 43 Ziffer 1 SchKG die Konkursbetreibung ausgeschlossen ist, was bedeutet, dass im Sinne einer Spezialexécution die Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung einschlägig ist. Nach schweizerischem SchKG hat ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, seinen Anspruch im Zivilprozess geltend zu machen. Der Rechtsvorschlag wird entweder mittels Rechtsöffnungsbegehren (im summarischen Verfahren) oder im Rahmen einer zivilrechtlichen Klage (sog. Anerkennungsklage) im ordentlichen Verfahren beseitigt. Wenn die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid beruht, so kann der Gläubiger den Rechtsvorschlag durch den Zivilrichter beseitigen lassen bzw. definitive Rechtsöffnung verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Gerichtlichen Entscheiden gleichgestellt sind gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG Verfügungen schweizerischer Verwaltungsbehörden; man spricht insoweit auch von einem Urteilssurrogat. Ausserdem kann eine Verwaltungsbehörde, die einen Rechtsunterworfenen betrieben hat, einen allenfalls erhobenen Rechtsvorschlag im Rahmen des Verwaltungsverfahrens in eigener Sache beseitigen (vgl. Art. 79 SchKG). Sie übernimmt aber auch in diesem Falle nicht die Rolle des Betreibungsamtes, sondern ist nach wie vor Partei des Betreibungsverfahrens. Die Möglichkeit der Verwaltung, den Rechtsvorschlag zu beseitigen, ist zwar in der Lehre auf Kritik gestossen, entspricht aber – wie das höchste Gericht festgestellt hat – dem klaren Willen des Gesetzgebers¹⁷. Das beschriebene Vorgehen ist indessen mit der Rechtsweggarantie bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK nur vereinbar, wenn nachher der Weg an die Verwaltungsjustiz offensteht. Im Ergebnis wird durch die beschriebenen Regeln ein besonderes Verwaltungsvollstreckungsrecht geschaffen (Auer et al., 2008: Rz. 4 zu Art. 40 VwVG). Die Anerkennung von Verfügungen als Rechtsöffnungstitel setzt allerdings voraus, dass die Verwaltung in hoheitlicher Funktion gehandelt hat. Wenn die Verwaltung auf dem Wege des privatrechtlichen Vertrags mit dem Bürger rechtsgeschäftlich tätig wird, muss sie zur Vollstreckung wie jeder Private an den Zivilrichter gelangen. Das betrifft einerseits den Fall, dass der Staat eine Dienstleistung anbietet. Da ein Tierhalter sein Tier nicht in ein öffentliches Tierspital bringen muss, wenn es krank ist, muss der vertragsrechtliche Anspruch der öffentlichen Hand auf Bezahlung des Entgelts für die Heilung des Tiers vor dem Zivilrichter geltend gemacht und vollstreckt werden (Stähelin et al., 2010: Rz. 8 zu Art. 43 SchKG). Einen vergleichbaren Fall hatte das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen. Nach der Erteilung eines Auftrags betreffend Strassenmarkierungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen¹⁸ kam es zu Unstimmigkeiten in Bezug auf die Vertragserfüllung. Das Bundesamt für Strassen verlangte von der beauftragten Unternehmerin Geld, liess diese

¹⁶ SchKG; SR 281.1.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_313/2007 vom 13. Dezember 2007, amtlich publiziert in BGE 134 III 115, E. 3.2 f.

¹⁸ Gesetz vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1).

betreiben und beseitigte den Rechtsvorschlag mit Verfügung vom 4. Mai 2015. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen, dass zwischen dem Bundesamt für Strassen und der Unternehmerin ein privatrechtlicher Vertrag abgeschlossen worden ist¹⁹. Wenn das Bundesamt von einer anderen Unternehmerin Arbeiten ausführen lässt, weil diejenigen der Unternehmerin, die im Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten hat, mangelhaft waren, liegt eine Ersatzvornahme gestützt auf Vertragsrecht vor²⁰, welche (im Unterschied zur öffentlich-rechtlichen Ersatzmassnahme) aber nichts am privatrechtlichen Grundverhältnis zwischen Bundesamt für Strassen und Zuschlagsempfängerin ändert. Daher war das Bundesamt nicht befugt, den Rechtsvorschlag der Unternehmerin zu beseitigen, sondern hat sich zwecks Geltendmachung ihrer Geldforderung an den Zivilrichter zu wenden. Demnach ist die Verfügung, mit welcher die Verwaltung trotz offensichtlicher Unzuständigkeit den Rechtsvorschlag der Zuschlagsempfängerin beseitigt hat, nichtig. Deshalb gewann die Unternehmerin, welcher das Bundesamt für Strassen mangelhafte Vertragserfüllung vorgeworfen hatte, den Prozess vor dem Bundesverwaltungsgericht.

5. Die Ersatzvornahme und die Auferlegung der durch die Vollstreckung entstehenden Kosten

Exekutorische Massnahmen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie dazu dienen, den gesetzmässigen Zustand unmittelbar zu bewahren oder wiederherzustellen. Neben dem unmittelbaren Zwang (Festnahme von Personen, Beschlagnahme oder Vernichtung von Gegenständen, Hausdurchsuchung etc.) ist die Ersatzvornahme der eigentliche Klassiker der exekutorischen Zwangsmassnahme. Im Folgenden wird nicht auf die begriffliche Abgrenzung zwischen Gesetzesvollzug und sogenannter antizipierter Ersatzvornahme eingegangen (Tschannen et al., 2014: § 32 Rz. 27 ff). Nach Art. 41 Abs. 1 lit. a VwVG greift die Behörde zum Zwecke der Vollstreckung namentlich zur „Ersatzvornahme durch die verfügende Behörde selbst oder durch einen beauftragten Dritten auf Kosten des Verpflichteten“. Nach Art. 41 Abs. 2 VwVG schreitet die Behörde zur Androhung der Ersatzvornahme und räumt dem Verpflichteten eine angemessene Erfüllungsfrist ein. Das setzt immer voraus, dass die Vollstreckung nicht derart dringend ist, dass der gesetzmässige Zustand ohne vorherige Androhung sofort wiederherzustellen ist, um drohenden Schaden abzuwenden („Gefahr im Verzug“; Art. 41 Abs. 3 VwVG). Die Ersatzvornahme kann entweder durch die Verwaltung selbst oder durch ein von ihr beauftragtes Unternehmen erfolgen. Richtigerweise wird eine Kostenschätzung in Bezug auf die zu treffende Massnahme abgegeben, bevor die Ersatzvornahme erfolgt. Man denke als Beispiel für derartige Massnahmen etwa an das Abreissen eines nicht mehr bewohnbaren oder ohne Baubewilligung erstellten Gebäudes, an die Sanierung von Altlasten auf einem ölverschmutzten Grundstück oder an die Erstellung eines Auffangbeckens für gefährliche Abwässer auf einem Fabrikgelände mit Blick auf den Gewässerschutz oder auch an die Kontrolle und Reparatur von Starkstrominstallationen. Wird ein privates Unternehmen mit den notwendigen Arbeiten betraut, wird zwischen dem Staat und beispielsweise dem Bauunternehmer, der ein Gebäude abreisst, ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen.

¹⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3700/2015 vom 16. Oktober 2015. S. 7.

²⁰ Vgl. zur privatrechtlichen Ersatzvornahme 4A_2/2015 vom 25. Juni 2015, amtlich publiziert in BGE 141 III 257.

Integrierender Bestandteil des Konzepts der Ersatzvornahme ist, dass der Rechtsunterworfenen, der selbst den rechtmässigen Zustand hätte (wieder)herstellen sollen, die Kosten trägt, wenn der Staat oder ein vom Staat beauftragtes Unternehmen dies an seiner Stelle tut. In diesem Sinne wird denn auch in Art. 41 Abs. 1 lit. a VwVG ausdrücklich festgehalten, dass die Ersatzvornahme auf Kosten des Verpflichteten erfolgt. Die Kosten werden nach Durchführung der Ersatzvornahme mit besonderer Verfügung festgesetzt. Auch Kostenverfügungen sind vor den Verwaltungsgerichten anfechtbar; die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ist zulässig²¹. So kann der Rechtsunterworfenen zum Beispiel behaupten, die beauftragte Firma habe mehr Arbeiten ausgeführt als in der Vollstreckungsverfügung vorgesehen oder die Arbeiten zu einem übersetzten Preis abgerechnet. Indessen ist der Behörde, welche die Kosten für die Ersatzvornahme auferlegt, ein gewisser Spielraum zuzubilligen. Besonders interessant ist die Verlegung der Kosten gestützt auf das Umweltschutzgesetz, dessen Art. 32d Abs. 1²² in Übereinstimmung mit Art. 74 Abs. 2 Satz 2 der Bundesverfassung vorsieht, dass der Verursacher die Kosten für die Sanierung belasteter Standorte trägt. Dabei können mehrere Verursacher zur Verantwortung gezogen werden. Auch der Staat kann in diesem Zusammenhang zur Tragung von Kosten verpflichtet werden, weil er entweder eine umweltgefährdende Aktivität veranlasst und/oder Aufsichtspflichten vernachlässigt hat. So hat zum Beispiel das Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons Zürich bzw. auf Beschwerde hin das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich das Verteidigungsministerium (des Bundes) verpflichtet, einen Teil der Kosten für die Sanierung einer Schiessanlage zu übernehmen²³.

Bibliographie:

1. Ackermann Schwendener Ch. Die klassische Ersatzvornahme als Vollstreckungsmittel des Verwaltungsrechts. Zürich, 2000. 200 S.
2. Basler Kommentar. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I / A. Stähelin, T. Bauer, D. Stähelin (Hrsg.). 2. Auflage. Basel, 2010. 434 S.
3. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999. *Systematische Rechtssammlung [SR] 101*. URL: <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/systematische-sammlung.html?lang=de> (zuletzt besucht am 28. Dezember 2015).
4. Häfelin U., Müller G., Uhlmann F. Allgemeines Verwaltungsrecht. 6. Auflage, Zürich : St. Gallen, 2010. 500 S.
5. Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG ZH) / A. Grif-fel (Hrsg.). 3. Auflage. Zürich, 2010. 1418 S.
6. Strafrecht II / M.A. Niggli, H. Wiprächtiger (Hrsg.). 3. Auflage. Basel, 2013. 3458 S.
7. Tschannen P., Zimmerli U., Müller M. Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. Auflage. Bern, 2014. 732 S.
8. VwVG-Kommentar / Ch. Auer, M. Müller, B. Schindler (Hrsg.). Zürich : St. Gallen, 2008. 1200 S.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 1C_462/2014 vom 16. Oktober 2015.

²² Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01).

²³ Urteil VB.2014.00304 vom 19. Februar 2015, beim Bundesgericht angefochten.

References:

9. Ackermann Schwendener, Ch. (2000). Die klassische Ersatzvornahme als Vollstreckungsmittel des Verwaltungsrechts [The classic alternative as a means of enforcing administrative law]. Zürich [in German].
10. Stähelin, A., Bauer, T., Stähelin, D. (eds.) (2010). Basler Kommentar. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I [Basel comment. Federal Law on Debt Enforcement and Bankruptcy I]. 2nd ed. Basel [in German].
11. Swiss Confederation (1999). Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999]. *Systematische Rechtssammlung [SR] 101*. Retrieved from: <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/systematische-sammlung.html?lang=de> [in German].
12. Häfelin, U., Müller, G., Uhlmann, F. (2010). Allgemeines Verwaltungsrecht [General administrative law]. 6th ed. Zürich: St. Gallen [in German].
13. Griffel, A. (ed.) (2010). Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG ZH) [Commentary on the Administrative Law Maintenance Act of the Canton of Zurich (VRG ZH)]. 3rd ed. Zürich [in German].
14. Niggli, M.A., Wiprächtiger, H. (eds.) (2013). Strafrecht II [Criminal Law II]. 3rd ed. Basel [in German].
15. Tschannen, P., Zimmerli, U., Müller, M. (2014). Allgemeines Verwaltungsrecht [General administrative law]. 4th ed. Bern [in German].
16. Auer, Ch., Müller, M., Schindler, B. (eds.) (2008). VwVG-Kommentar [VwVG comment]. Zürich: St. Gallen [in German].

EXECUTION OF ADMINISTRATIVE ORDERS ACCORDING TO SWISS ADMINISTRATIVE LAW

Marc Steiner,

Judge of the Federal Administrative Court (Switzerland)

This contribution elaborates on the rather seldom treated topic of “execution” of administrative acts which lies at the interface between the administrative law and the law on administrative procedure. Special importance hereby is attributed to remedies against decisions on the enforcement of administrative acts and other types of injunction, that are in connection with a threat of punishment in accordance with Article 292 of the Swiss Penal Code. With reference to a recent judgment of the Swiss Federal Administrative Court, the law on debt enforcement and bankruptcy is also explained pointing out the difference between the enforcement of administrative acts and the execution of contractual claims on the part of public authorities.

Key words: administrative law, Switzerland, execution of administrative acts, validity of an administrative act, executing authority, legal protection against decisions on the enforcement of administrative acts, threat of punishment under penal law, orders for monetary payment and debt enforcement, public authority acting within its sovereign competences, substituted performance.

DER RENEUAL MUSTERENTWURF FÜR EIN EU-VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHT – HINTERGRÜNDE UND AKTUELLER STAND

Das Papier konzentriert sich auf der Reform des Verwaltungsrechts in der Europäischen Union und wirft dieses Problem in den zentralasiatischen Ländern auf: Während die EU die Kodifizierung und Strukturierung der bestehenden Grundsätze und Institutionen vorantreibt, fangen die zentralasiatischen Länder bei Null an.

Eine Gruppe an Akademikern in einem Research Network on European Administrative Law zum Europäischen Verwaltungsrecht (ReNEUAL) hat den Versuch unternommen, beginnend mit der rechtsvergleichenden Methode, anhand der nationalen Verwaltungsverfahrensgesetze, der Rechtsprechung und der Grundsätze des Verwaltungsverfahrens der europäischen und nationalen Gerichte sowie der einschlägigen Vorschriften des soft law, insbesondere die „Ombudsprudence“, unter Berücksichtigung neuer Kommunikationstechnologien einen entsprechenden Gesetzesentwurf zu erarbeiten.

In seiner unabhängigen Arbeit zwischen 2009 und 2014 hat das ReNEUAL-Netzwerk die verfassungsrechtlichen Grundsätze für Verwaltungsverfahren festgelegt und den Entwurf des „Selbstverwaltungsgesetzes“ vorgelegt. Der Entwurf befasst sich mit Organen, Einrichtungen, Stellen und Agenturen der Europäischen Union in ihren Beziehungen zur Öffentlichkeit sowie mit verschiedenen Querschnittsthemen: Regeln zu den Folgen von Verfahrensfehlern, Verwendung undefinierter Rechtsbegriffe, Optimierung der Regeln für komplexe Prozesse. Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments verwies auf den Entwurf von ReNEUAL und bat die Mitglieder des Netzwerks um Rat. Ein späterer Entwurf des Parlaments, der als weniger ehrgeizig angesehen wird, bleibt im Rahmen der derzeit geltenden EU-Verträge, wobei der Entwurf von ReNEUAL manchmal Änderungen der EU-Verträge erfordern würde. Das vom RENEUAL vorgeschlagene Konzept schafft eine transparente Grundlage für die Wahrnehmung von Menschen- und Bürgerrechten und trägt zur Gewährleistung von Transparenz und Kohärenz der EU-Verwaltungsinstitutionen bei. Es könnte auch als Katalysator für die Reform des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts dienen.

Die Europäische Kommission war nicht davon überzeugt, dass das EU-Verwaltungsrecht in einem einzigen Rechtsdokument zusammengefasst werden könnte, forderte eine Kosten-Nutzen-Analyse und eine Folgenabschätzung an und wurde vom 15.12.2017 bis 09.03.2018 öffentlich zur Kodifizierung des EU-Verwaltungsverfahrens konsultiert mit der Präsentation der Ergebnisse im Juli 2018.

Schlüsselwörter: Zentralasien, Europäische Union, Verwaltungsrecht, Kodifizierung und Strukturierung des Verwaltungsrechts, ReNEUAL, Rechtsvergleichungsmethode, Verwaltungsrechtsinstitutionen, Transparenz und Kohärenz der EU-Verwaltungsinstitutionen.

Maria Krausenboeck,
Referentin,
Gerichtshof der
Europäischen Union,
Luxemburg

Nicht nur in den Ländern Zentralasiens wird an einer Verwaltungsrechtsreform gearbeitet. Auch die Europäische Union hat bisher kein kodifiziertes und strukturiertes Verwaltungsrecht. Vielmehr funktioniert das EU-Verwaltungsrecht auf Basis von Verwaltungsrechtsprinzipien, die von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und sektorieller Sekundärgesetzgebung geprägt wurden. Das bedeutet, dass das aktuelle EU Verwaltungsrecht fragmentiert und, teilweise, auch unvollständig ist, sowie seine Anwendung komplex.

Vor diesem Hintergrund hat sich eine Gruppe an Akademikern in einem Research Network on European Administrative Law (ReNEUAL) zusammengefunden um gemeinsam eine Kodifikation der bereits etablierten EU-Verwaltungsrechtsprinzipien zu erarbeiten. Ein weiteres Ziel war es, diese Kodifikation auch um Lösungen zu bestehenden Problemen zu ergänzen um das EU-Verwaltungsverfahrenrecht für das neue digitale Zeitalter zu rüsten.

Die Methode, die von ReNEUAL angewendet wurde kann als eine innovative Kodifizierung auf rechtsvergleichender Basis bezeichnet werden. Die Arbeitsgruppen arbeiteten auf der Grundlage bestehenden Sekundärrechts in verschiedenen Gebieten des EU-Rechts, der bestehenden nationalen Verwaltungsverfahrensgesetze, der Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahren der europäischen und nationalen Gerichte, sowie des betreffenden, vor allem vom Europäischen Bürgerbeauftragten (Ombudsman) entwickelten *soft law*: sowohl der Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis als auch dessen sogenannte Ombudsprudence – ein Wortspiel aus Ombudsman und jurisprudence – der „Rechtsprechung“ zu Einzelfällen.

Die Arbeitsgruppen rund um das ReNEUAL Netzwerk bestanden aus Akademikern, die ohne eine formell organisierte Vereinigung und ohne finanzielle Unterstützung der EU-Institutionen zusammenarbeiteten, um möglichst unabhängig in ihrer Arbeit zu sein. In verschiedenen Konsultationen und Diskussionen wurden aber auch Praktiker zur Erarbeitung des Musterentwurfes hinzugezogen. Die Arbeiten am Musterentwurf fanden von 2009 bis 2014 statt. Ziel des Musterentwurfes war es, die Verfassungsprinzipien für Verwaltungsverfahren zu konkretisieren. Geprägt sind diese Verfassungsprinzipien von zentralen normativen Werten wie Rechtsstaatlichkeit und demokratische Legitimation, effektiver und effizienter Vollzug von EU-Recht, effektiver Schutz

subjektiver Rechte, und die Überwindung und Vereinfachung der aktuellen fragmentierten Rechtslage.

Der ReNEUAL Musterentwurf betrifft das sogenannte „Eigenverwaltungsrecht“ der Europäischen Union, das heißt, das Verwaltungsverfahrenrecht soll für die Organe, Einrichtungen, Ämter und Agenturen der Europäischen Union in ihren Beziehungen zur Öffentlichkeit gelten. Eine Ausnahme hierzu findet sich im Entwurf für die Bücher V und VI über die Amtshilfe und das behördliche Informationsmanagement, die – laut Entwurf – auch für die nationalen mitgliedstaatlichen Behörden gelten sollen. Dies macht ohne weiteres Sinn, als das Unionsrecht heute zum überwiegenden Teil von den Verwaltungsorganen der Mitgliedstaaten vollzogen wird.

Der Musterentwurf wurde in der Form eines Gesetzbuches geschrieben und ist aufgeteilt in 6 Bücher. Das erste Buch umfasst die Allgemeinen Bestimmungen sowie eine Präambel mit den allgemeinen Grundprinzipien des EU-Verwaltungsrechts, Buch II die administrative Normsetzung, Buch III Einzelfallentscheidungen, sowie Buch IV Verwaltungsverträge. Die bereits erwähnten Bücher V und VI regeln Amtshilfe und Informationsmanagement.

Außerdem gibt es natürlich verschiedene Querschnittsthemen, die für mehrere der Bücher des Entwurfes von Bedeutung sind, wie z.B. die Regeln über Verfahrensfehlerfolgen, die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (was ja bereits vor zwei Jahren auch das Thema dieser zentralasiatischen Verwaltungsrechtskonferenz war) sowie die Optimierung der Regeln über Verbundverfahren¹.

Neben der Initiative von ReNEUAL ergriff auch das Europäische Parlament im gleichen Zeitraum eine eigene Initiative hinsichtlich einer Kodifikation des EU-Verwaltungsverfahrensrechts.

Durch eine Entschließung (Resolution) des Europäischen Parlaments vom 15.01.2013 wurde die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens, auf Initiative des parlamentarischen Rechtsausschusses, auf die Tagesordnung des europäischen Gesetzgebers gesetzt. In der Entschließung machte das Europäische Parlament verschiedene Empfehlungen bezüglich der Grundsätze, die in der Kodifikation des europäischen Verwaltungsverfahrens enthalten sein sollten. Es wurde jedoch zu diesem Zeitpunkt kein Mustertext vorgeschlagen. Zunächst war die Reaktion der Europäischen Kommission, der EU-Verwaltung, eher zögernd, wie das auch in den meisten nationalen Verwaltungen in den EU-Mitgliedstaaten zunächst der Fall war. Daher wurden zunächst keine weiteren Bemühungen an einem Gesetzesentwurf verfolgt.

Daraufhin wurde vom Rechtsausschuss des Europäischen Parlamentes selbst ein Entwurf für ein europäisches Verwaltungsverfahren erarbeitet, der am 11. Januar 2016 angenommen wurde. Dadurch sollten die Diskussionen mit der Europäischen Kommission und mit dem EU-Rat neu angestoßen werden. Zum Teil nahm der Rechtsausschuss des Parlamentes Bezug auf den ReNEUAL Musterentwurf und ließ sich auch von Mitgliedern des Netzwerkes beraten.

Dieser Entwurf des Parlamentes wird als weniger ambitioniert angesehen. Er arbeitet auf Basis der aktuell geltenden EU-Verträge, was der Verfassung eines Nationalstaa-

¹ Verbundverfahren sind Vollzugsverfahren, die von den EU-Behörden und den mitgliedstaatlichen Behörden gemeinsam durchgeführt werden müssen.

tes entspricht, wobei der ReNEUAL-Entwurf teilweise Vertragsänderungen erfordern würde. Auch ist der Ansatz des EU Parlaments ein Ansatz der kleinen Schritte. Zunächst wurden im Parlamentsentwurf Regeln nur für einen Teilbereich des Verwaltungsverfahrens ausgearbeitet, vor allem in Bezug auf Einzelfallentscheidungen.

Die Kommission jedoch war immer noch nicht davon überzeugt, das EU-Verwaltungsrecht in einem einzigen Rechtsdokument zusammenzufassen und vertrat die Auffassung, dass der Vorschlag des Europäischen Parlaments nicht ausreichend durch eine Kosten-Nutzen-Analyse und Folgenabschätzung untermauert worden war.

Vor diesem Hintergrund hat der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments eine Studie zur Bewertung der möglichen Auswirkungen einer Kodifikation des EU-Verwaltungsverfahrens auszuarbeiten. Als Beitrag zu dieser Studie führte das Europäische Parlament sodann eine öffentliche Konsultation durch, um ein besseres Verständnis von den Erfahrungen der Bürger und Organisationen im Umgang mit der EU-Verwaltung zu erlangen, die tatsächliche Umsetzung der bestehenden EU-Verwaltungsvorschriften und -verfahren zu bewerten und etwaige Mängel und Inkonsistenzen zu ermitteln. (Solche öffentlichen Konsultationen werden regelmäßig durchgeführt wenn die EU politischen Leitlinien und Gesetze erarbeitet).

Die Befragung der Öffentlichkeit zur Kodifikation des EU-Verwaltungsverfahrens fand vom 15.12.2017 bis 09.03.2018 statt, die Ergebnisse wurden im Juli 2018 in einem Bericht veröffentlicht. Die klare Mehrheit der Teilnehmer befürwortet demnach zusätzliche Maßnahmen auf EU-Ebene um das EU Verwaltungsverfahren zu vereinfachen und das Recht auf gute Verwaltung der Öffentlichkeit zu fördern. Hierbei sollten Maßnahmen, die Effizienz und Transparenz verbessern Priorität haben.

Damit ist es nun an der Europäischen Kommission das Bemühen um eine Kodifikation des EU-Verwaltungsverfahrens weiter voranzubringen.

Was bedeutet dies für den ReNEUAL Musterentwurf?

Mit der Veröffentlichung einer Printversion des Musterentwurfes im Jahr 2017 und der Übersetzung in weitere europäische Sprachen ist das ReNEUAL Projekt vorerst abgeschlossen. Das ReNEUAL Netzwerk unterstützt fortan den Entwurf des Europäischen Parlamentes für eine offene, unabhängige und effiziente europäische Verwaltung.

Versucht man sich an einer Bewertung des umfangreichen ReNEUAL-Musterentwurfes muss zuallererst unterschieden werden zwischen, einerseits, der Bewertung des Entwurfes als wissenschaftliches Projekt und, auf der anderen Seite, den rechtspolitischen Erfolgchancen bei der legislativen Umsetzung des Entwurfes.

Als wissenschaftliches Projekt ist der ReNEUAL-Entwurf sicherlich als Erfolg anzusehen. Es ist der erste Text, der Verwaltungsverfahren in sämtlichen Bereichen des EU-Rechts behandelt und versucht Lösungen für bestehende Probleme zu präsentieren. Eine solche gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens würde dem Bürger eine transparente Grundlage für die Wahrnehmung seiner Rechte bieten. Für die richterliche Kontrolle der Verwaltung schafft eine Kodifikation einen klaren Entscheidungsmaßstab. Dies würde die Rechtssicherheit steigern und zugleich für Transparenz und Kohärenz im Handeln der EU-Verwaltungsorgane sorgen.

Ein eindeutiger Vorteil des ReNEUAL Musterentwurfes ist es, den Vorrat an denkbaren Lösungen zu erweitern. Zumindest aber bietet der Musterentwurf einen Vergleichsmaßstab, der es gestattet, die künftige Diskussion nicht mehr allgemein, sondern anhand konkreter Vorschläge zu führen.

Der ReNEUAL Musterentwurf könnte aber auch als Diskussionsanstoß für die Reform nationaler Verwaltungsverfahrensgesetze dienen. So könnte der Musterentwurf, zum Beispiel, als Anlass genommen werden bestehende Verwaltungsverfahrensabläufe und insbesondere die Kommunikation zwischen Behörde und Verfahrensbeteiligten daraufhin zu überprüfen, ob nicht eine weitergehende Öffnung für die elektronische, insbesondere auch die Online-Kommunikation möglich ist. Dies haben manche der zentralasiatischen Staaten bereits den alteingesessenen EU-Mitgliedstaaten voraus.

Die Kodifikation des europäischen Verwaltungsverfahrens steckt, wie auch in den zentralasiatischen Staaten, in ihren Kinderschuhen. Der ReNEUAL-Musterentwurf bildet für die weitere Entwicklung jedoch zweifelsohne eine unverzichtbare Grundlage.

DER RENEUAL MODEL DRAFT FOR AN ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW – BACKGROUNDS AND CURRENT SITUATION

Maria Krausenboeck,

Consultant,

Court of Justice of the European Union, Luxembourg

The paper focuses on administrative law reform within the European Union and raises this problem in the Central Asia countries: as EU advances with its codification and structuring on the existing principles and institutions, the countries of Central Asia start from scratch.

A group of academics within the Research Network on European Administrative Law (ReNEUAL), starting with comparative law method, tries to use national administrative procedural laws, case law and principles of the administrative procedure of the European and national courts, as well as the relevant soft law, especially the “Ombudsprudence” aims, taking into account new communication technologies, at developing a relevant draft law.

In its independent work between 2009 to 2014 the ReNEUAL network specified the constitutional principles for administrative procedures, naming proposed draft “self-administration law”. It deals with institutions, bodies, offices and agencies of the European Union in their relations with the public as well as various cross-cutting issues: rules on the consequences of procedural errors, use of undefined legal terms, optimization of the rules for complex processes. European Parliament’s legal committee made some reference to the ReNEUAL draft and also sought advice from members of the network. Later draft from Parliament, seen as less ambitious, stays within the basis of the currently applicable EU treaties, whereby the ReNEUAL draft would sometimes require changes to the treaty. The proposed ReNEUAL builds transparent basis for exercising human and citizen rights, helps ensure transparency and consistency of the EU administrative institutions. It could also serve as a catalyst for the reform of national administrative procedural laws.

The European Commission not convinced that EU administrative law could be summarized in a single legal document, asked for a cost-benefit analysis and impact assessment and publicly consulted on the codification of EU administrative procedure from 15.12.2017 to 09.03.2018, publishing results in July 2018.

Key words: Central Asia, European Union, administrative law, codification and structuring of administrative law, ReNEUAL, comparative law method, administrative law institutions, transparency and consistency of the EU administrative institutions.

WANN IST EIN VERWALTUNGSAKT EIN VERWALTUNGSAKT? VORAUSSETZUNGEN EINES BESCHEIDS IN ÖSTERREICH

Entscheidungen oder Verwaltungsakte sind das Kernstück jedes Verwaltungsverfahrens in Mitteleuropa. Ihr Ziel ist in allen Ländern weitgehend dasselbe: Sie sorgen für Rechtsfrieden und Rechtsklarheit und sind Ausgangspunkte für die verfassungsrechtliche Überprüfung des staatlichen Handelns.

Nachdem der Verwaltungsakt im Verwaltungsverfahrensgesetz vor- und festgeschrieben worden ist, wandte sich die Rechtswissenschaft dem Problem dessen verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zu. Es wird argumentiert, dass nicht so sehr die Form, sondern vielmehr der Inhalt des VA mit allen Ergänzungsmerkmalen den Entscheidungscharakter besitzt.

Wenn zum Beispiel ein Bürgermeister einer Gemeinde in einem Brief an eine Person angeordnet hat, den Verbrauch von privatem Wasser wegen einer anhaltenden Dürre zuzulassen und am Ende der Dürre den Brief zurückgezogen und den daraus resultierenden Notverbrauch verboten hat, kann dies vor Gericht angefochten werden. Wie das Verfassungsgericht sagte: Ungeachtet der Form war es eine Entscheidung, da es Rechte geschaffen oder widerrufen hat.

Kommunikation oder Mitteilung sind hingegen zusammen mit einer unverbindlichen Empfehlung oder Beratung nicht als Entscheidungen zu qualifizieren. Von wesentlicher Bedeutung für die Beurteilung der Qualität eines VA sind subjektive öffentliche Rechte. Auch eine Rechtsauffassung des Sozialministers kann eine Entscheidung darstellen, wenn sie ein öffentliches Recht berührt. Als eine Entscheidung, auch in Form eines Schreibens, vom Verfassungsgericht in Betracht gezogen und von der Behörde (Gouverneur) zurückgenommen wurde, stellte der Gerichtshof das Verfahren von Amts wegen ein und sagte, das Schreiben und seine Wirkung seien rechtswidrig. Der Gerichtshof stellte fest, dass das Bestehen oder Nichtbestehen einer Entscheidung nicht auf Kosten der Partei geht und dass jegliche Störung der öffentlichen subjektiven Rechte auch durch gesetzliche Bestimmungen der verfassungsmäßigen Kontrolle unterliegt/offensteht.

Schlüsselwörter: Entscheidung, Verwaltungsakt, Verwaltungsabwicklung, Mitteleuropa, Verfassungsprüfung, Verwaltungsgericht, Schreiben als Verwaltungsakt, subjektive öffentliche Rechte der Betroffenen, Mitteilung, Notifizierung, Empfehlung, Anhörung, Verbindlichkeit, Rechtsauffassung, Rechtsnormen als Gegenstand für die Verfassungskontrolle.

Dr. Peter Chvosta,

Richter des

Bundesverwaltungsgerichts,

Österreich

peter.chvosta@bvw.gv.at

1. Allgemeines

Der Begriff des Verwaltungsaktes war in Mitteleuropa im 19. Jahrhundert bis weit in das 20. Jahrhundert das *zentrale* Thema der Lehre des allgemeinen Verwaltungsrechts: Mit dem Verwaltungsakt waren schließlich fundamentale Überlegungen bzw. Forderungen des bürgerlichen Rechtsstaates verknüpft, wie die Bindung der Verwaltung an die Gesetze (sohin das Legalitätsprinzip), die Möglichkeit der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit durch unabhängige Instanzen, die Durchführung eines förmlichen Verfahrens vor Erlassung des Aktes und dessen Bestandskraft nach seiner Erlassung (Adamovich et al., 2009: Rz 50.002 f; Koja, Antonioli, 1986: 459). Diese Ziele prägten die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Institut des Verwaltungsaktes.

Mit der dogmatischen Ausformung des Verwaltungsaktes ging letzten Endes auch das Bestreben einher, einen ähnlich hohen Rechtsschutzstandard für Rechtsmittel gegen Verwaltungsakte zu etablieren, wie dies bei Urteilen der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit bereits der Fall war (Hoffmann-Riem et al., 2008: 1036). Überall dort, wo die staatliche Verwaltung einseitig Steuerleistungen vorschreibt, Genehmigungen erteilt oder verweigert oder Personen festnimmt, sollte der Verwaltungsakt – als Pendant eines Gerichtsurteils – die Basis für eine rechtsstaatliche Kontrolle sein (Koja, Antonioli, 1986: 459). Im Laufe des 20. Jahrhunderts wurden in Europa viele der erwähnten Ziele, die mit dem Verwaltungsakt verknüpft wurden, Realität: Die Schaffung bzw. (Weiter-)Entwicklung des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen, die weitgehende Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts und die Veränderung der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung verschoben den Schwerpunkt dogmatischer Auseinandersetzung vom Verwaltungsakt weg hin zu anderen Themen¹. Dessen ungeachtet wirkt der Zweckgedanke, der dem Verwaltungsakt immanent ist, im Hintergrund bis heute und beeinflusst die Gestaltung und Auslegung der Rechtsordnung (Adamovich et al., 2009: Rz 50.0008).

2. Verwaltungsakt und Bescheid

Otto Mayer, der die Lehre des Verwaltungsaktes nachhaltig prägen sollte, definierte den Verwaltungsakt als einen „der Verwaltung zugehörigen obrigkeitlichen Ausspruch, der dem

¹ Vgl. insb. das Phänomen der Kombination und Koordination hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Verwaltung bei der Erfüllung der Aufgaben öffentlicher Verwaltung (Adamovich et al., 2009: Rz 50.0003).

Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“ (Mayer, 1895: 93). Gemäß der Legaldefinition des § 35 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes ist ein Verwaltungsakt „jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist“. Jeder Verwaltungsakt kann nach § 42 der deutschen Verwaltungsgerichtsordnung mit einer Klage vor einem Verwaltungsgericht angefochten werden (Schenke, 2014: Rz 178 ff; Wittern, Basslsperger, 2007: Rz 195 ff).

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage ist der Begriff des Verwaltungsaktes in Österreich nicht als solcher in der Rechtsordnung definiert und festgelegt worden. Wengleich als Verwaltungsakt in Österreich gemeinhin der Bescheid als eine förmliche hoheitliche Entscheidung der Verwaltungsbehörde gegenüber Privatpersonen verstanden wird (er wird auch „formeller Verwaltungsakt“ genannt), so werden auch andere Handlungsformen der Verwaltung zu den (hoheitlichen) Verwaltungsakten gezählt, wie etwa Verordnungen, mit denen Gesetze präzisiert werden, (verwaltungsinterne) Weisungen, mit denen Organfunktionen gestaltet werden, Erlässe oder sogenannte „verfahrensfreie“ Verwaltungsakte als Sammelbezeichnung für faktische Amtshandlungen bzw. Maßnahmen unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt² ebenso wie Beurkundungen oder gar Entschließungen des Staatsoberhauptes.

Ob und in welcher Form gegen einen Verwaltungsakt in Österreich Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann, hängt von der Frage ab, um was für einen Verwaltungsakt es sich genau handelt: Jeder Bescheid kann mit Beschwerde an ein Verwaltungsgericht angefochten werden³. Dagegen kann die Gesetzmäßigkeit einer Verordnung nur unter ganz besonderen Voraussetzungen beim Verfassungsgerichtshof einer Kontrolle unterzogen werden, weshalb der Bürger im Regelfall seine Bedenken gegen eine Verordnung nur im Zuge einer Beschwerde gegen einen Bescheid, der auf der Grundlage der Verordnung ergangen ist, an den Verfassungsgerichtshof herantragen darf⁴. Entschließungen des Bundespräsidenten, wie etwa die Ernennung höherer Verwaltungsbeamter, können ebenfalls nur im (Um-)Wege eines sog. „Intimationsbescheides“, mit dem der zuständige Bundesminister auf die Entschließung des Bundespräsidenten Bezug nimmt,

² Beispielsweise die polizeiliche Festnahme oder Beschlagnahme.

³ Vgl. Art. 132 Abs. 1 Z 1 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes, BGBl. № 1/1930 idF BGBl. I № 102/2014 (B-VG), wonach Beschwerde gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit erheben kann, wer durch den Bescheid in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.

⁴ Zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen sind gemäß Art. 139 B-VG in erster Linie Gerichte, welche die Verordnung in einem konkreten Verfahren anzuwenden haben, zur Antragstellung berechtigt; auch der Verfassungsgerichtshof kann aus Anlass eines bei ihm anhängigen Verfahrens eine dort anzuwendende Verordnung von Amts wegen einer Prüfung unterziehen. Ansonsten können Person, die unmittelbar durch die Gesetzwidrigkeit einer Verordnung in ihren Rechten verletzt zu sein behaupten, einen sogenannten Individualantrag direkt beim Verfassungsgerichtshof stellen, wenn die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist, was nur in seltenen Ausnahmefällen der Fall sein. Zur Frage der Zulässigkeit eines Individualantrages vgl. VfSlg. 13944/1994, 15234/1998, 15947/2000; zur Anfechtbarkeit von Verordnungen vgl. z.B. (Öhlinger, Eberhard, 2012: Rz. 1004a ff.; Mayer, 2007: 470 f).

bekämpft werden⁵. Bei bestimmten Handlungsformen der Verwaltung fehlt überhaupt jede Rechtsschutzmöglichkeit⁶.

Anders als das deutsche System des Verwaltungsrechtsschutzes, das an den relativ offenen Rechtsbegriff des Verwaltungsaktes anknüpft und damit Rechtsschutzdefizite von vornherein vermeidet, kommt im Rahmen des vergleichsweise „starr“ österreichischen Modells dem *Bescheid* eine herausragende Bedeutung zu: Obzwar der Verfassungsgerichtshof aus dem verfassungsrechtlich verankerten rechtsstaatlichen Prinzip ableitete, dass gegen jeden nachteiligen Verwaltungsakt mit erheblichen Rechtswirkungen für den Betroffenen Rechtsschutz gewährleistet sein muss⁷, ist im Bereich der Verwaltung lediglich bei Bescheiden ein Rechtsschutzsystem etabliert. Dies führte wiederum zur verfassungsgerichtlichen Judikatur, wonach der Gesetzgeber gemäß dem rechtsstaatlichen Prinzip „die behördliche Festlegung von Rechtsfolgen“ gegenüber bestimmten Personen im konkreten Einzelfall an die Erlassung eines Bescheides zu knüpfen hat, da der Bescheid „einen verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtsschutz ermöglicht“⁸. Der Bescheid bildet also nach der österreichischen Verfassung das zentrale Element im System der Rechtsverwirklichung; der Bescheid soll sich gemäß der Verfassung zwischen das Gesetz und dem faktischen Vollzugsakt schieben (Mayer et al., 2015: Rz 605)⁹. Dies bedeutet, dass der staatliche Eingriff in subjektive Rechte der Rechtsunterworfenen grundsätzlich in Bescheidform ergehen soll¹⁰. Die Möglichkeit, Individualrechtsschutz gegen einen Verwaltungsakt zu erhal-

⁵ Vgl. VfSlg. 17.184/2004; dazu kritisch (Mayer et al., 2015: Rz 653). Dass Entschließungen des Bundespräsidenten als solche nicht Gegenstand des Rechtsschutzes sein können, wird als Relikt der monarchischen Vergangenheit Österreichs bis 1918 aufgefasst.

⁶ Das Rechtsschutzdefizit in den Fällen der sog. „schlichten“ Hoheitsverwaltung, wie die kommunale Müllabfuhr, der städtische Betrieb von Beleuchtungseinrichtungen oder die behördliche Warnung der Öffentlichkeit vor einem (gefährlichen) Produkt, lässt sich nur ansatzweise durch die Geltendmachung von (schadenersatzrechtlichen) Amtshaftungsansprüchen ausgleichen. In manchen dieser Bereiche (wie etwa bei Verhaltensweisen eines Sicherheitsexekutivorgans, soweit es nicht ohnedies als Akt unmittelbarer Zwangs- und Befehlsgewalt anfechtbar sein sollte) hat der österreichische Gesetzgeber besondere Beschwerdemöglichkeiten geschaffen; vgl. dazu ausführlich (Lenzbauer, 2014/2015: 20).

⁷ Wiederholt hob der Verfassungsgerichtshof gesetzliche Bestimmungen als verfassungswidrig auf, die „trotz Eingriffs in die Rechtssphäre eines Betroffenen keine Möglichkeit vorsehen, die Rechtmäßigkeit des Eingriffs zu bekämpfen und durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts überprüfen zu lassen“; vgl. VfSlg. 11.590/1987, 13.223/1992, 13.564/1993, 13.699/1994, 17.018/2003, 17.358/2004 (Öhlinger, Eberhard, 2012: Rz. 81 f).

⁸ Vgl. VfSlg. 13.322/1992, 13.564/1993, 13.699/1994.

⁹ Erst in jüngerer Zeit ist die „Monopol-Stellung“ des Bescheides bezüglich des Rechtsschutzes ein wenig eingeschränkt worden, seit in den 1980er Jahren die Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Zwangs- und Befehlsgewalt als eigene Handlungsform der Verwaltung in die Verfassung aufgenommen wurden, gegen die ein separates Rechtsmittel (häufig erst nach Durchführung des Aktes) erhoben werden kann.

¹⁰ Daher hob der Verfassungsgerichtshof eine gesetzliche Vorschrift als verfassungswidrig auf, die bei Deponie-Anlagen, die bestimmten Standards zu entsprechen hatten, eine zeitlich befristete Ausnahmegewilligung von der Einhaltung dieser Standards im Einzelfall ermöglichte und für die Gewährung einer Ausnahmegewilligung – trotz des individuellen Charakters der Bewilligung – die Form der Verordnung (und nicht die Form eines Bescheides) vorsah; vgl. VfSlg. 17.018/2003, 17.359/2004.

ten, hängt in der österreichischen Praxis jedenfalls meist davon ab, ob ein Bescheid vorliegt bzw. interpretativ angenommen werden kann, gegen den das Rechtsmittel erhoben werden kann.

Der folgende Beitrag hat daher den Bescheid als Prototyp des staatlichen Verwaltungshandelns aus österreichischer Sicht zum Gegenstand¹¹.

3. Die Form des Bescheides

3.1. Die äußere Form des Bescheides

Das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz¹² (AVG) gibt ganz klar vor, welche Merkmale ein Bescheid zu enthalten hat und wann somit ein Bescheid vorliegt: So ist gemäß § 58 Abs. 1 AVG jeder Bescheid ausdrücklich als solcher zu bezeichnen; der Bescheid hat einen *Spruch*, der gemäß § 59 Abs. 1 AVG die Angelegenheit und alle die Hauptfrage betreffenden Parteianträge (auch die allfällige Kostenfrage) in möglichst *gedrängter, deutlicher Fassung* und unter Anführung der angewendeten Gesetzesbestimmungen zu erledigen hat. Der Bescheid ist zu begründen (sofern dem Standpunkt der Partei nicht vollinhaltlich Rechnung getragen wird), wobei in der *Begründung* gemäß § 60 AVG die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen sind. Der Bescheid hat überdies die *Bezeichnung der Behörde*, die den Bescheid erlassen hat, das *Datum der Erledigung* und eine *Rechtsmittelbelehrung*, in der über die Möglichkeit eines Rechtsmittels und die diesbezüglichen Modalitäten zu informieren ist, zu enthalten¹³.

3.2. Die inhaltlichen Merkmale eines Bescheides

Wenn auch das AVG klare Vorgaben enthält, die erkennen lassen, wie ein Bescheid aussehen soll, ist mit dem Vorliegen dieser Kriterien noch nicht endgültig gesagt, ob das Schriftstück einer Behörde, bei welchem die erwähnten Merkmale fehlen, nicht als Bescheid zu qualifizieren: Der Bescheidbegriff des (einfachgesetzlichen) AVG ist nämlich *nicht* mit dem (verfassungsrechtlichen) Bescheidbegriff, wie er im österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)¹⁴ vorgesehen ist, ident, d.h. diese beiden Bescheidbegriffe decken einander nicht: Ungeachtet dessen, dass der Bescheid als solcher im B-VG nicht näher definiert ist, geht der Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass als Bescheid im Sinne des B-VG jeder *individuell-konkrete* und *normative* (d.h. rechtsgestaltende) sowie *förmliche* Akt einer *Verwaltungsbehörde* zu verstehen ist, der sich an außerhalb der Verwaltungsorganisation stehende Personen richtet¹⁵.

Der verfassungsrechtliche Bescheidbegriff reicht also weiter als der Bescheidbegriff des AVG und erfasst somit „jede Erledigung einer Verwaltungsbehörde, womit ein individuelles Rechtsverhältnis gestaltet oder festgestellt wird, ob sie nun in Form eines

¹¹ Zu den Parallelen zwischen der deutschen und österreichischen Lehre vom Verwaltungsakt vgl. Ress G. „Verwaltungsakt, Verordnung und subjektives Recht. Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Relativität von Rechtsbegriffen“ (Raschauer, 1989: 71).

¹² BGBl. № 51/1991 (Wiederverlautbarung).

¹³ § 18 Abs. 1 AVG.

¹⁴ BGBl. № 1/1930 idF BGBl. I № 102/2014.

¹⁵ VfSlg. 4986/1965, 6187/1970, 8744/1980, 9244/1981, 9444/1982, 11.077/1986, 11.415/1987, 12.321/1990; 12.753/1991.

Bescheides nach § 56 AVG ergeht oder nicht“¹⁶. Weist daher ein Bescheid formale Mängel auf und fehlen einzelne Merkmale, wie sie das AVG verlangt, dann ändern solche Formfehler der Verwaltungsbehörde nichts an der Bescheidqualität (andernfalls hätte es die Verwaltungsbehörde in der Hand, ob sie behördliche Anordnungen etwa rechtswidrig – aber unbekämpfbar – in Bescheidform ergehen lässt oder nicht). Entscheidend ist nicht so sehr die Form, als vielmehr der *Inhalt* der Erledigung¹⁷, nämlich ob der Akt gegenüber einer individuell bestimmten Person oder einem individuell bestimmten Personenkreis¹⁸ in einer konkreten Angelegenheit Rechte oder Rechtsverhältnisse einseitig verbindlich¹⁹ gestaltet oder feststellt. Anders gesagt, der Bescheidbegriff des AVG setzt die Erfüllung der Kriterien des verfassungsrechtlichen Bescheidbegriffs voraus.

Beispielsweise lag dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15.10.1981, VfSlg. 9244/1981, der Sachverhalt zugrunde, dass der Bürgermeister einer Gemeinde in einem Brief an einzelne Gemeindeglieder, auf deren Liegenschaft sich ein Teich bzw. Bach befand, informierte, dass wegen einer lang anhaltenden Trockenperiode und dem dadurch entstandenen akuten Wassermangel bei einem weiteren Liegenschaftseigentümer eine Notstandssituation eingetreten sei. Deshalb werde gemäß § 71 des Wasserrechtsgesetzes „verfügt“, dass eine vorübergehende Ableitung von Wasser aus dem Bach mittels eines Rohres zugunsten des vom Wassermangel bedrohten Liegenschaftseigentümers zu gestatten sei. Als mit einem weiteren Schreiben diese „Verfügung“ wieder „ab sofort aufgehoben“ wurde, erhob der Nutznießer dieser Ableitung des Wassers dagegen eine Berufung an den Landeshauptmann, der dieses Rechtsmittel mit der Begründung zurückwies, dass bei derartigen notstandspolizeilichen Maßnahmen kein Bescheid erlassen werde und in diesem Fall auch kein – anfechtbarer – Bescheid vorliege. Der Verfassungsgerichtshof verwarf diese Rechtsansicht und hob die Berufungsentscheidung als verfassungswidrig auf: Auch wenn das Schreiben des Bürgermeisters weder als Bescheid bezeichnet, noch in Spruch, Begründung und Rechtsmittelbelehrung unterteilt worden sei, handle es sich um einen Bescheid, da der Bürgermeister dem Beschwerdeführer das ihm bis dahin (mit dem ersten Schreiben zuerkannte) Recht, das Wasser aus dem Bach der Nachbarn für seine Zwecke zu verwenden, aberkannt habe und auch formlose Erledigungen als Bescheide anzusehen seien, „wenn durch sie nach ihrem Inhalt gegenüber individuell bestimmten Personen Verwaltungsangelegenheiten normativ geregelt werden, d.h. wenn sie die bindende Gestaltung oder Feststellung von Rechtsverhältnissen zum Inhalt haben“. In diesem Fall waren sämtliche (inhaltlichen) Voraussetzun-

¹⁶ Dies ist darauf zurückzuführen, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novellierung des Art. 144 B-VG, mit der erstmals der Begriff des Bescheides in die Verfassung aufgenommen wurde, nicht sämtliche Verwaltungsbehörde das AVG anzuwenden hatten, durchaus aber die Entscheidungen aller Verwaltungsbehörden als Bescheid vor dem Verfassungsgerichtshof bekämpfbar sein sollten (vgl. in diesem Sinne VfSlg. 4986/1965).

¹⁷ VfSlg. 1787/1949, 2727/1954, 2871/1955.

¹⁸ Eine an einen generellen Personenkreis gerichtete Norm könnte die Voraussetzungen einer Verordnung erfüllen; eine innerhalb der Verwaltungsorganisation ergangene individuell-konkrete Erledigung wird meist eine Weisung darstellen.

¹⁹ Kein Verwaltungsakt liegt vor, wenn der Handlung der hoheitliche Charakter fehlt, da sich die Behörde eines privatrechtlichen Gestaltungsmittels, wie z.B. eines Vertrages, bedient.

gen eines Bescheides gegeben: Der Bürgermeister sprach in einer konkreten Situation einer bestimmten Person auf (mehr oder weniger) förmliche Weise – einseitig – über ein (zuvor gewährtes) Recht ab; es besteht kein Zweifel, dass mit dem Schreiben endgültig Rechte gestaltet bzw. entzogen wurden.

Dagegen sind Mitteilungen oder Verständigungen nicht als Bescheide zu qualifizieren: Wenn beispielsweise ein österreichisch-griechischer Doppelstaatsbürger, der seinem Einberufungsbefehl zum österreichischen Bundesheer nicht Folge geleistet hatte, unter Hinweis auf seinen bereits in Griechenland abgeleisteten Militärdienst seine Befreiung von der Pflicht zur Leistung des Militärdienstes in Österreich angeregt hat, fehlt dem Antwortschreiben des Verteidigungsministeriums, in dem lediglich über die Rechtslage (und das Nicht-Bestehen eines Rechtsanspruches auf eine solche Befreiung) informiert wird, der *normative* (hoheitliche) Charakter, um Bescheidqualität zu erlangen²⁰. Gleiches gilt für die rechtliche Belehrung eines Bürgermeisters, der einem Auslandsösterreicher mitteilt, dass er „nach geltender Rechtslage“ bei einer Volksabstimmung innerhalb eines Bundeslandes nicht teilnehmen dürfe²¹. Bei solchen Erledigungen informativer Natur wird regelmäßig jeder Anhaltspunkt dafür fehlen, dass der *Wille* der Verwaltungsbehörde auf die Erlassung eines Bescheides gerichtet war. Auch die (schriftliche oder mündliche) Verkündung eines Prüfungsergebnisses, wie etwa die negative Beurteilung einer universitären Diplom-Prüfung aus Strafrecht, stellt keinen Bescheid dar²². Auch die *Empfehlung* eines beratenden Gremiums an den Bundesminister ist nicht als Bescheid zu qualifizieren, wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht und mit einer solchen unverbindlichen Empfehlung eines Expertengremiums dem Bundesminister lediglich eine Entscheidungsgrundlage geboten werden soll; daran ändert auch nichts, dass in dieser Empfehlung ein Antrag „abgelehnt“ wird und dies in bescheidähnlicher Form mit Sachverhaltsfeststellungen, einer Beweiswürdigung und einer rechtlichen Beurteilung begründet wird²³. Selbst einer Erledigung der Behörde, die die Bezeichnung als Bescheid in der Überschrift trägt und eine Gliederung in Spruch und Begründung sowie Rechtsmittelbelehrung enthält, ist die Bescheidqualität zu versagen, wenn sie über eine Verwaltungsangelegenheit nicht rechtsgestaltend oder rechtsfeststellend entscheidet, sondern lediglich um die Mitteilung bestimmter Umstände ersucht: In diesem Sinne fehlte die Bescheidqualität, als der Bundesminister für Finanzen in der als Bescheid bezeichneten Erledigung ein Bankunternehmen der allgemein darüber belehrte Rechtsbelehrung, dass Unternehmen den Bestimmungen des Bankwesengesetzes unterliegen, wenn sie Bank-

²⁰ VfSlg. 14.451/1996.

²¹ VfSlg. 13.669/1994.

²² Dabei handelt es sich nach österreichischer Rechtslage um ein „Gutachten“; vgl. VfSlg. 14.789/1997.

²³ Siehe VfSlg. 17.415/2004: Diesem Fall lag zugrunde, dass sich die Republik Österreich nach Verhandlungen mit Vertretern jüdischer Opferorganisationen und Opferanwälten im Rahmen eines Regierungsübereinkommens mit den Vereinigten Staaten verpflichtet hatte, im Hinblick auf Vermögen, das während der nationalsozialistischen Herrschaft „arisiert“, enteignet oder geraubt wurde und später in das Eigentum der Republik Österreich gelangt ist, einen Fonds zur Entschädigung einzurichten und im Einzelfall auf Empfehlung einer international besetzten „Schiedsinstanz für Naturalrestitution“ Entschädigungszahlungen zu leisten, ohne dass darauf ein Rechtsanspruch bestehen möge.

geschäfte betreiben, und schließlich lediglich *ersuchte*, „das Bundesministerium für Finanzen umgehend davon in Kenntnis zu setzen, wenn sie Bankgeschäfte betreibt“²⁴.

Die Rechtslage, insbesondere wenn in den Gesetzen einem Betroffenen ein subjektives öffentliches Recht eingeräumt wird, bildet bei der Beurteilung der Bescheidqualität eines behördlichen Schriftstücks ein wesentliches Indiz. Dies gilt insbesondere in folgendem Fall, den der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 16.05.2001, 2001/08/0046, zu beurteilen hatte: Der Beschwerdeführer, ein hoher Gewerkschaftsfunktionär und Parlamentsabgeordneter, war noch vor der Parlamentswahl 1999 von der Sozialministerin zum Präsidenten des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger, einer für sämtliche Kranken-, Pensions- und Unfallversicherungen Österreichs zuständige Behörde für eine Funktionsperiode von fünf Jahren bestellt worden, geriet jedoch nach der Wahl und nach einem Regierungswechsel in den Mittelpunkt einer öffentlich geführten Debatte, an der sich auch Teile der (neuen) Regierung intensiv beteiligten und die vor allem die Amtsführung des Beschwerdeführers vor dem Hintergrund seiner politischen Funktionen kritisch hinterfragte. Nachdem der nunmehrige Sozialminister als Aufsichtsorgan des Beschwerdeführers mehrfach öffentlich erklärt hatte, aufgrund einer Gesetzesänderung habe der Beschwerdeführer sein Amt ohnedies schon verloren und sei „seither lediglich geschäftsführend“ tätig, stellte der Beschwerdeführer einen Antrag auf Feststellung, dass seine Funktionsperiode (erst) im Jahr 2004 enden werde. In Beantwortung des Antrages erging ein Schreiben des Ministers, in dem er die Rechtsansicht vertrat, dass die Gesetzesänderung eine Neubestellung des Präsidenten des Hauptverbandes erlaube, mit welcher der aktuell amtierende Präsident *ex lege* – also ohne Erlassung eines weiteren Bescheides – seines Amtes enthoben sei, dass diese Neubestellung aber noch nicht vorgenommen sei und der Beschwerdeführer bis dahin Präsident der Behörde sei. Obwohl das Schreiben nicht als Bescheid bezeichnet war und geradezu offensichtlich erschien, dass der Sozialminister gegenüber dem Beschwerdeführer gerade keinen Bescheid erlassen wollte, bejahte der Verwaltungsgerichtshof die Bescheidqualität des Schreibens, da die Rechtslage das Recht auf einen Feststellungsantrag, wie ihn der Beschwerdeführer gestellt hatte, ausdrücklich einräumte; außerdem verfügte das Schreiben auch insofern über einen normativen Inhalt, als der Minister die Erlassung eines Feststellungsbescheides mit dem vom Beschwerdeführer beantragten Inhalt abgelehnt hatte und mit dem Schreiben *das Verfahren* über den Antrag des Beschwerdeführers *abschließen* wollte. Inhaltlich erachtete der Verwaltungsgerichtshof die Rechtsansicht des Sozialministers, dass er jederzeit eine Neubestellung des Präsidentenamtes vornehmen dürfe, als von der novellierten Gesetzesvorschrift nicht gedeckt, da die laufende Funktionsperiode des Präsidenten unberührt bleiben sollte, und hob den Bescheid als rechtswidrig auf.

3.3. Der Bescheid als Instrument rechtsstaatlicher Kontrolle

Dem Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof zu VfSlg. 12.557/1990 lag zugrunde, dass der Landeshauptmann des Bundeslandes Kärnten und damit das oberste Organ dieser Provinz in einem von ihm selbst unterfertigten Schreiben einem Landesbeamten mitgeteilt habe, dass er mit sofortiger Wirkung entlassen sei, weil er ein Presseinterview

²⁴ VwGH 8.7.1994, 94/17/0305.

mit inakzeptablen Äußerungen gegeben habe und „eine sinnvolle Zusammenarbeit“ daher nicht mehr zu erwarten sei. Weder enthielt dieses Schreiben die Bezeichnung als Bescheid, noch war der Kärntner Landeshauptmann nach der Rechtslage dafür zuständig, einen Landesbeamten zu entlassen, was gemäß dem Kärntner Beamtendienstrecht lediglich der Disziplinarkommission, einem unabhängigen Gremium, zukam. Auch die im „Entlassungsschreiben“ genannte Rechtsgrundlage, das Arbeitsverfassungsgesetz, war schon prima vista auf Landesbeamte nicht anwendbar. Der „entlassene“ Landesbeamte bekämpfte dieses Schreiben als Bescheid mit einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof, der umgehend eine öffentliche mündliche Verhandlung anberaumte. Angesichts der herannahenden Verhandlung gab der Landeshauptmann dem Verfassungsgerichtshof bekannt, dass das angefochtene Schreiben, „welche rechtliche Qualität ihm auch beigegeben werden möge“, formal zurückgenommen und als gegenstandslos erklärt werde. Der Gerichtshof stellte daraufhin das Verfahren mit Beschluss förmlich ein, nicht ohne ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich sowohl bei jenem Schreiben, in der die Entlassung des Beschwerdeführers ausgesprochen wurde, als auch bei der Gegenstandsloserklärung jeweils um einen Bescheid gehandelt habe. Das bekämpfte Schreiben sei nach seinem deutlich erkennbaren objektiven Gehalt auf die Beendigung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses des Beschwerdeführers zum Land Kärnten gerichtet gewesen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass das Schreiben nicht in die äußere Form eines Bescheides gekleidet war, dem Landeshauptmann jede Zuständigkeit zur Erlassung eines Bescheides dieses Inhaltes fehlte und er sich auch darüber hinwegsetzte, dass die von ihm getroffene Maßnahme weder in den von ihm angeführten Vorschriften des Arbeitsverfassungsgesetzes noch in anderen Rechtsvorschriften eine rechtliche Grundlage fand.

Dieser Sachverhalt verdeutlicht, dass bei der Frage der Bescheidqualität offenkundig darauf Bedacht genommen wird, dass der Bescheid rechtsstaatliche Funktionen erfüllt, insbesondere Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung zu gewährleisten²⁵. Im vorliegenden Fall hätte die Verneinung der Bescheidqualität, etwa wegen der offensichtlichen Unzuständigkeit des Landeshauptmannes im Sinne einer „absoluten Nichtigkeit“ des Aktes, dazu auch führen können, dass die Entlassung überhaupt keiner rechtsstaatlichen Kontrolle unterzogen und dadurch faktisch durchgesetzt wird²⁶. Es ist auch dem Einstellungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofes unüberhörbar der Vorwurf zu entnehmen, dass die Rücknahme der Entlassung erst nach Erhalt der Ladung zur öffentlichen Verhandlung vor dem Verfassungsgerichtshof erfolgte. In diesem Zusammenhang sei auch die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes angesichts ähnlicher Fallkonstellationen erwähnt, wonach sich die Verwaltungsbehörde bei einer von ihr selbst herbeigeführten Unklarheit, ob einer Erledigung normative Wirkung zukommt oder nicht, keinesfalls darauf berufen könne, dass ihrer Erledigung die Bescheidqualität fehle²⁷. Im Rahmen seiner zweifellos von Rechtsschutzüberlegungen (mit)geprägten Rechtsprechung betonte der

²⁵ Vgl. in diesem Sinne VfSlg. 11.590/1987.

²⁶ Es bedarf keiner übermäßigen Phantasie, sich vorzustellen, dass in der Realität ein solches Schreiben eines obersten Landesverwaltungsorganes innerhalb des ihm unterstehenden Verwaltungsapparates entsprechend ernst genommen wird und dem „entlassenen“ Beamten wohl schon der Zutritt zum Gebäude durch das Gebäudesicherungspersonal verwehrt bleiben würde.

²⁷ VfSlg. 13.723/1994.

Verfassungsgerichtshof wiederholt, dass in Zweifelsfällen das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Bescheides nicht zu Lasten der Partei, die der im Verwaltungsverfahren ungleich mächtigeren Verwaltungsbehörde gegenüber steht, angenommen werden darf²⁸.

In einem anderen Fall bekämpfte eine minderjährige Beschwerdeführerin, eine Asylwerberin aus dem Kosovo, deren Asylantrag erfolglos geblieben war und die in der österreichischen Öffentlichkeit große Bekanntheit erlangt hatte, eine Presse-Erklärung des Innenministers, in welcher die Medien informiert wurden, dass der Beschwerdeführerin keine humanitäre Aufenthaltsbewilligung nach dem Fremdenpolizeigesetz erteilt wurde: Der Verfassungsgerichtshof bekräftigte seine ständige Rechtsprechung, wonach eine Erledigung, die nicht die Form eines Bescheides aufweist, dann ein Bescheid ist, wenn sie nach ihrem deutlich erkennbaren objektiven Gehalt eine Verwaltungssache normativ (im Sinne einer bindenden Gestaltung oder Feststellung eines Rechtes bzw. Rechtsverhältnisses im Einzelfall) regelt, dass aber eine Presseaussendung „niemals“ als Bescheid gewertet werden könne²⁹. Da die Gesetzeslage die Erteilung humanitärer Aufenthaltsbewilligungen ausschließlich *von Amts wegen* erlaubte, war ein bescheidmäßiger Abspruch über einen Antrag auf Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung nicht vorgesehen, was bedeutete, dass die kosovarische Beschwerdeführerin (abgesehen von der Presse-Erklärung) keinen Bescheid über die Abweisung ihres Antrags auf Erhalt eines humanitären Aufenthaltstitels erwarten konnte. Folglich hob der Verfassungsgerichtshof die gesetzlichen Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes, die einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung ausschlossen (und damit auch die Möglichkeit der Erlassung eines Bescheides im Falle eines erfolglosen Antrags), als verfassungswidrig auf: Der Verfassungsgerichtshof erachtete als rechtsstaatswidrig, dass bei Eingriffen in subjektive öffentliche Rechte (wie im vorliegenden Fall) nur ein amtswegiges Tätigwerden der Behörde, nicht aber eine Antragstellung (und damit auch die Erlassung eines Bescheides im Ablehnungsfall samt rechtsstaatlicher Kontrolle dieser Entscheidung) möglich war³⁰.

4. Zusammenfassung

Der Bescheid bzw. der Verwaltungsakt war lange Zeit das Herzstück der Verwaltungsrechtslehre Mitteleuropas. Wenn auch in jedem Staat bis heute länderspezifische Eigenheiten, die auf der jeweiligen Rechtstradition basieren, die Lösung bzw. den Umgang mit rechtsdogmatischen Themen beeinflussen, so war das Ziel dieser Bemühungen in allen Ländern zumeist das gleiche: Mit der Rechtsfigur des Verwaltungsaktes sollte (insbesondere durch seine Bestandskraft) für den Bürger im Umgang mit der Verwaltung *Rechtsfrieden* sowie *Rechtsklarheit* gefördert und gleichzeitig auch der Ausgangspunkt für die Möglichkeit einer rechtsstaatlichen Überprüfung des staatlichen Handelns der Verwaltung in Übereinstimmung mit den Gesetzen durch unabhängige Gerichte geschaffen werden. In seiner gesamten Bedeutung ist der Verwaltungsakt die *conditio sine qua non* für eine rechtstaatliche Verwaltung.

²⁸ VfSlg. 3728/1960, 9247/1981.

²⁹ VfSlg. 18.515/2008.

³⁰ VfSlg. 18.517/2008. Vgl. dazu auch oben II.

Bibliographie:

1. Beiträge zum Verfassungs- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Günther Winkler / B. Raschauer (Hrsg.). Wien, 1989. 300 S.
2. Grundlagen des Verwaltungsrechts II / Hoffmann-Riem W., Schmidt-Aßmann E., Voßkuhle A. (Hrsg.). München : C.H. Beck, 2008. 1713 S.
3. Koja F., Antonioli W. Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien, 1986. 764 S.
4. Lenzbauer M. Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung. *Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung*. 2014/2015. № 1. S. 20–25.
5. Mayer H. Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht. Wien, 2007. 1080 S.
6. Mayer H., Kucsko-Stadlmayer G., Stöger K. Bundesverfassungsrecht. Wien, 2015. 902 S.
7. Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht I. Leipzig, 1895. 200 S.
8. Öhlinger T., Eberhard H. Verfassungsrecht. Wien, 2012. 536 S.
9. Österreichisches Staatsrecht IV / L.K. Adamovich, B.-Ch. Funk, G. Holzinger, S.L. Frank. Wien, 2009. 514 S.
10. Schenke W.-R. Verwaltungsprozessrecht. Heidelberg, 2014. 600 S.
11. Wittern A., Basslsperger M. Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht. Stuttgart, 2007. 312 S.

References:

1. Raschauer, B. (ed.) (1989). Beiträge zum Verfassungs- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Günther Winkler [Contributions to constitutional and commercial law: commemorative for Günter Winkler]. Wien [in German].
2. Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Voßkuhle, A. (eds.) (2008). Grundlagen des Verwaltungsrechts II [Basics of Administrative Law II]. München: C.H. Beck [in German].
3. Koja, F., Antonioli, W. (1986). Allgemeines Verwaltungsrecht [General administrative law]. Wien [in German].
4. Lenzbauer, M. (2014/2015). Rechtsschutz gegen schlichte Hoheitsverwaltung [Legal protection against simple sovereign administration]. *Juristische Ausbildung & Praxisvorbereitung*, no. 1, pp. 20–25 [in German].
5. Mayer, H. (2007). Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht [Austrian federal constitutional law]. Wien [in German].
6. Mayer, H., Kucsko-Stadlmayer, G., Stöger, K. (2015). Bundesverfassungsrecht [Federal Constitutional Law]. Wien [in German].
7. Mayer, O. (1895). Deutsches Verwaltungsrecht I [German administrative law I]. Leipzig [in German].
8. Öhlinger, T., Eberhard, H. (2012). Verfassungsrecht [Constitutional law]. Wien [in German].
9. Adamovich, L.K., Funk, B.-Ch., Holzinger, G., Frank, S.L. (2009). Österreichisches Staatsrecht IV [Austrian constitutional law IV]. Wien [in German].
10. Schenke, W.-R. (2014). Verwaltungsprozessrecht [Administrative procedural law]. Heidelberg [in German].
11. Wittern, A., Basslsperger, M. (2007). Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht [Administrative and administrative procedural law]. Stuttgart [in German].

WHEN IS AN ADMINISTRATIVE ACT AN ADMINISTRATIVE ACT? REQUIREMENTS FOR A DECISION IN AUSTRIA

Dr. **Peter Chvosta**,

Judge of the Federal Administrative Court, Austria

peter.chvosta@bww.gv.at

Decision or administrative act are the centerpiece of any administrative processing in Central Europe. Their goal is mostly the same in all countries: They provide for legal peace and legal clarity and are starting points for constitutional review of the state's actions.

After administrative act was defined and its whereabouts codified in the German Administrative Procedure Act, legal science turned to the problem of challenging it before an administrative court. It is argued that not so much the form, but rather the content of the act with all the supplement features is its distinctive feature.

For example, when a mayor of a municipality in a letter to individual ordered to allow for consume of private water because of a prolonged drought and at the end of the drought withdraw the letter and canceled the emergency consumption resulting can be challenged in court. As the Constitutional Court said: notwithstanding the form it was a decision since it created or revoked rights.

On the other hand, communication or notification are not to be qualified as decisions as well as recommendation or consultation with no binding power. Subjective public rights are essential when assessing the quality of a decision. Even a legal opinion of the Minister of Social Affairs can present a decision if it affects a public right. When a decision even in the form of a letter was taken into consideration by the Constitutional Court and the public authority (Governor) took it back the Court thereupon formally terminated the proceedings but said the letter and its effect were illegal. The Court said that the existence or non-existence of a decision may not be at the expense of the party as well as any interference in public subjective rights even through law rules is open to the constitutional control.

Key words: decision, administrative act, administrative processing, Central Europe, constitutional review, administrative court, letter as administrative act, subjective public rights of the concerned people, communication, notification, recommendation, consultation, binding power, legal opinion, law rules as the subject matter for the constitutional control.

KODIFIZIERUNG DES VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHTS: TRADITIONEN UND MODELLE

Der Beitrag erläutert die dem Verwaltungsverfahrensrecht zugrunde liegenden Gründe, Ziele und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen. Darüber hinaus werden die Argumente für und gegen eine umfassende Kodifizierung von Verwaltungsverfahrensvorschriften sowie die wichtigsten Elemente des Verwaltungsverfahrensrechts erörtert. Zuletzt werden mögliche Kodifizierungsmodelle vorgestellt, nämlich das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz, das US-amerikanische Verwaltungsverfahrensgesetz und die ReNEUAL Modellregeln für das EU-Verwaltungsverfahren.

Schlüsselwörter: Verwaltungsrecht, gute Regierungsführung, Rechtsstaatlichkeit, Verwaltungsverfahrensregeln, Kodifizierung, Modelle, Deutsches Verwaltungsverfahrensgesetz, US-Verwaltungsverfahrensgesetz, NEUES Modell für EU-Verwaltungsverfahrensregeln.



Professor Dr. Dres. h. c.
Eberhard Schmidt-Aßmann,
 Professor (emeritus) des
 Öffentliches Rechts
 an der Universität
 Heidelberg
 e.schmidt-assmann@t-online.de

Das Verwaltungsverfahrensrecht ist ein zentraler Bestandteil jedes demokratischen und rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts (Fromont, 2006: 209–231; Battini et al., 2007; Schneider, 2007; Schneider, 2009; Rose-Ackerman, Lindseth, 2010). Es sichert die Rechte der Bürger und vermittelt der Verwaltung Rationalität und Akzeptanz. Eine zunehmende Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts ist, wie auch der Rechtsvergleich zeigt, eine allgemeine Entwicklungstendenz. „Die Notwendigkeit des Gesprächs zwischen Verwaltung und Bürger entspricht dem grundgesetzlichen Verständnis der Stellung des Bürgers im Staat“ (Federal Constitutional Court, 1977: 297). Die Maßstäbe für „gute Verwaltung“ (good governance) sind zu einem erheblichen Teil Verwaltungsverfahrensrecht¹. Das Konzept des modernen Verwaltungsrechts basiert auf Kommunikation und nicht auf Konfrontation (Pitschas, 1990).

Die folgenden Ausführungen beschäftigen sich zunächst allgemein mit den Zwecken und den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verwaltungsverfahrensrechts (abschnitt 1). Danach soll diskutiert werden, ob es sinnvoll ist, das Verwaltungsverfahren umfassend gesetzlich zu regeln (abschnitt 2) und welche „Modelle“ für eine solche Kodifikation zur Verfügung stehen (abschnitt 3).

1. Die „Idee“ des Verwaltungsverfahrens und die Grundlagen des Verwaltungsverfahrensrechts

Verfahren sollen in die Aktivitäten der Verwaltung Ordnung bringen: Die einzelnen Phasen des Entscheidens, die Rollen der daran Beteiligten, der Einfluss unterschiedlicher Interessen und die Bedeutung des Entscheidungsergebnisses sollen transparenter werden. Verfahren sind einerseits reale Abläufe und andererseits Ordnungsmuster (Schmidt-Aßmann, 2004: 46; Schmidt-Aßmann, 2012a). Sie beeinflussen die Anwendung des materiellen Rechts durch die Verwaltung und helfen, die Legalität der Verwaltung zu sichern.

Diese Einsicht ist nicht neu. Rechtliche Regeln über das Verfahren, das staatliche Amtsträger einhalten müssen, wenn sie Entscheidungen treffen wollen, entsprechen einer langen Rechtstradition. Ihre Grundelemente sind das Anhörungsrecht und das Neutralitätsgebot (Craig, 2012). Diese beiden Komponenten finden sich bereits im römischen Recht: „audiatur et altera pars“ und „nemo iudex in causa sua“. In Deutschland

¹ Vgl. Art. 41 der Grundrechtecharta der Europäischen Union vom 12.12.2007.

werden sie als Elemente des Rechtsstaatsprinzips angesehen. Andere Länder zählen sie zu den Allgemeinen Rechtsgrundsätzen. In England gehören sie zur “natural justice” und “procedural fairness”. Mit Blick auf die Vereinigten Staaten von Amerika heißt es: “Natural justice plays much the same part in British law as does “due process of law” in the Constitution of the United States” (Wade, Forsyth, 2014).

1.1. Plädoyer für einen weiten Begriff des Verwaltungsverfahrens

Anhörungsrecht und Neutralitätsgebot zeigen, dass das Verfahren der Verwaltungsbehörden und das Verfahren der Gerichte gemeinsame Wurzeln haben. Das ist historisch erklärlich: In vielen Staaten hat sich die Verwaltung seit dem Mittelalter aus der Gerichtshoheit des Monarchen nach und nach ausdifferenziert. Auf diese Weise ist der Anwendungsbereich gerichtlicher Verfahrensregeln in das sich langsam entwickelnde Verwaltungsrecht transformiert worden.

Heute stellt sich die Situation jedoch differenzierter dar: Während das gerichtliche Verfahren einen relativ homogenen Typus bildet, in dem es um den Schutz individueller Rechte geht, sind die Aufgaben moderner Verwaltung so umfangreich und so vielfältig, dass mehrere Verfahrenstypen herausgearbeitet werden müssen. Genannt seien beispielhaft:

- Verfahren zum Erlass von Einzelakten: dieses ist der „klassische“ Verfahrenstyp (z.B. Erlass von Steuerbescheiden, Verfügungen der Polizeibehörden, Genehmigung eines Baus oder einer gewerblichen Tätigkeit).
- Verfahren zum Abschluss von Verträgen der Verwaltung (z.B. Kauf oder Verkauf von Grundstücken, Vergabe öffentlicher Aufträge).
- Verfahren zur Aufstellung von Plänen (Straßenplanung, Stadtplanung, Planung von Naturschutzgebieten).
- Verfahren zum Erlass von Rechtsvorschriften der Verwaltung (Rechtsverordnungen, Satzungen der Gemeinden).
- Verfahren inter-behördlicher Kommunikation (z.B. Amtshilfeverfahren).

In der juristischen Literatur werden als weitere Typen beispielsweise genannt: Verteilungsverfahren, Überwachungsverfahren, Verfahren der Wissensgenerierung, Mediationsverfahren (Röhl, 2012). Alle diese Typen haben ihre eigenen Strukturen: Der Ablauf der Verfahren, die Konflikte, die sie bewältigen sollen, und die Verfahrensergebnisse sind ganz unterschiedlich. „Das“ Verwaltungsverfahren ist ein hoch abstrakter Begriff, der in einem modernen Verwaltungsrecht aber trotzdem seinen festen Platz haben muss. Das Verwaltungsverfahren ist neben den Handlungsformen der Verwaltung, den Verwaltungsrechtsverhältnissen und den Maßstäben des Verwaltungshandelns eines der vier Komponenten, nach denen sich die unüberschaubare Vielfalt der faktischen Verwaltungsaktivitäten rechtsstaatlich ordnen lässt (Schmidt-Aßmann, 2004: 32).

Die Feststellung, es gebe unterschiedliche Typen von Verfahren, heißt nicht, dass man alle diese Typen gesetzlich regeln sollte. Mein Plädoyer für einen weiten Begriff des Verwaltungsverfahrens dient zunächst nur dazu, sich der Weite des Themas bewusst zu sein. Rechtspolitische Diskussionen verengen sich oft viel zu schnell auf bestimmte Verfahrenstypen oder überhaupt nur auf einen einzigen Typ. Das ist ein Fehler. Zunächst muss es darum gehen, die Vielfalt unterschiedlicher Verfahren zu analysieren, vor allem die unterschiedlichen Interessen herauszuarbeiten, die in den Verfahren eine

Rolle spielen. Ein Kapitel „Verfahren“ ist daher Bestandteil nahezu jedes Lehrbuchs zum Verwaltungsrecht.

Wenn das Verwaltungsverfahren als „Ordnungsidee“ dazu dienen soll, die Rationalität der Verwaltung zu verbessern, dann muss man das breite Spektrum der Verwaltungsaufgaben betrachten und überlegen, wie die Erfüllung der unterschiedlichen Aufgaben prozedural strukturiert werden kann. Hier sind die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler an den Universitäten und Forschungsinstituten besonders herausgefordert. Sie sollten in der Lage sein, dem Gesetzgeber und der Verwaltung „Optionen“ zu benennen, wie diese Durchdringung des Verwaltungsalltags gelingen kann.

1.2. Fragen der „Verfahrensphilosophie“

Welchen Stellenwert sollen Verwaltungsverfahren in der Rechtsordnung eines Landes haben? Die Antwort auf diese Frage ist teils rechtsdogmatischer und teils rechtspolitischer Art. Nicht selten hört man den Einwand, Verfahrensrecht schnüre die Verwaltung ein und mache sie unflexibel. Das wird vor allem von Praktikern in den Verwaltungen gern behauptet. Diese Behauptung ist nicht gänzlich falsch. Sie wird auch in Ländern diskutiert, in denen „procedural fairness“ einen hohen Stellenwert besitzt (Schwartz, 1991). Natürlich kostet die Beachtung aller Verfahrensvorschriften Zeit. Es überwiegen jedoch die positiven Effekte: eine Steigerung der Qualität und eine höhere Akzeptanz der Verwaltungsentscheidungen. Die Prozeduralisierung des Verwaltungshandelns ist eine Frage des richtigen Maßes.

1.2.1. „Doppelauftrag des Verwaltungsrechts“

Verwaltungsverfahren ist von hoher Bedeutung. Aber man darf nicht in eine „Verfahrenseuphorie“ verfallen. Eine Verwaltungsentscheidung ist nicht schon deshalb besser, weil sie möglichst viele Verfahrensregeln einhalten muss. Dabei ist daran zu erinnern, dass das gesamte Verwaltungsrecht zwei Funktionen hat, die balanciert werden müssen:

- einerseits die Rechte des einzelnen Bürgers zu sichern („Sicherungsauftrag“);
- andererseits die Verwaltung in die Lage zu versetzen, ihre Aufgaben im Rahmen des geltenden Rechts effektiv („Effektuierungsauftrag“) zu erfüllen (Schmidt-Aßmann, 2004: 30).

Man kann das den „Doppelauftrag des Verwaltungsrechts“ nennen. In der älteren Theorie wurde oft allein der Sicherungsauftrag betont. Das ist jedoch zu einseitig. Die Verwaltung nimmt viele Aufgaben wahr, die für die Gesellschaft unverzichtbar sind. Sowenig das Verwaltungsrecht eines demokratischen Rechtsstaates einseitig auf die Interessen der Verwaltung ausgerichtet sein darf, sowenig darf es andererseits so konzipiert werden, dass es die Aktivitäten der Verwaltung permanent behindert.

Besonders einsichtig ist diese Erkenntnis dort, wo an einem Verwaltungsvorgang mehrere Bürger mit konträren Interessen beteiligt sind, also bei „mehrpolygonen Rechtsverhältnissen“. Beispiel: Wer eine Fabrik bauen will, ist daran interessiert, die erforderliche Genehmigung möglichst schnell zu erhalten. Nachbarn und Umweltverbände heben dagegen die Nachteile hervor, die das Projekt für ihre Rechte und Interessen haben kann. Sie sind daran interessiert, dass die Verwaltung im Genehmigungsverfahren Schritt für Schritt, möglichst sorgfältig und das heißt im Regelfall auch langsam vorgeht. Dazu werden unter Umständen auch fern liegende Gefahren an die Wand gemalt und der Ruf

nach immer neuen Gutachten erhoben. Soweit diese Maßnahmen notwendig sind, um eine in der Sache richtige Entscheidung treffen zu können, muss die Verwaltung diese Verfahrensschritte gehen. Auch hier kommt es aber auf das richtige Maß an. Dabei spielen die Pflicht der Verwaltung, den Sachverhalt vollständig aufzuklären, und die Beweislast eine Rolle. Gegebenenfalls muss die Verwaltung den Beteiligten eine Frist setzen, um ihre Einwände vorzutragen und nicht fristgerecht vorgetragene Einwände ausschließen (Institut der Präklusion). Das Beispiel zeigt: Verfahren sind notwendige Bedingungen sorgfältigen Entscheidens, aber sie sind keine „Verhinderungsstrategien“. Die Verwaltung und im Streitfall die Gerichte müssen jedes Verwaltungsverfahren so handhaben, dass der Doppelauftrag des Verwaltungsrechts erfüllt wird.

1.2.2. Der Topos der „dienenden Funktion“ des Verfahrensrechts

In diesen Zusammenhang gehört auch der Topos von der „dienenden Funktion“ des Verwaltungsverfahrens. Er betrifft das Verhältnis des Verfahrensrechts zum materiellen Recht, also zu den sachlichen Vorgaben, die die einzelnen Vorschriften des Gewerberechts, des Steuerrechts oder Umweltrechts der Entscheidung der Verwaltung machen (Quabeck, 2010). Die Formel „dienende Funktion“ will ausdrücken, dass das Verfahrensrecht nicht so wichtig ist und es für die Entscheidungen der Verwaltung vor allem darauf ankommt, dass sie dem materiellen Recht entsprechen. Das klingt verfahrenswirtschaftlich plausibel, führt aber zu einer Relativierung des Verfahrensrechts. Darin liegt eine erhebliche Gefahr für die Legalität der Verwaltung, denn die Verwaltung ist umfassend an das Recht und damit auch an das Verfahrensrecht gebunden.

Hier wird auch etwas von der „Verfahrensphilosophie“ deutlich, die in den einzelnen Staaten unterschiedlich ist. Eine sehr pauschale Einteilung sagt, dass in Deutschland traditionell der Vorrang des materiellen Rechts betont und damit dem Topos von der nur dienenden Funktion des Verfahrensrechts Raum gegeben werde, während England und die USA vom selbständigen Wert des Verfahrensrechts ausgehen würden. Das ist, wie gesagt, eine pauschale Aussage. Auch im englischen Recht findet sich der Topos der „serving function“. Umgekehrt gibt es in Deutschland weite Bereiche des Verwaltungsrechts, in denen das Verfahrensrecht eine selbständige Funktion besitzt, vor allem überall dort, wo die Verwaltung nach Ermessen entscheiden muss, weil keine ganz exakten Vorgaben des materiellen Rechts existieren. Treffender als solche pauschalen Vergleiche lässt sich sagen: Die dienende Funktion des Verfahrensrechts ist ein nicht schlechthin unzulässiger Topos. Inwieweit von einer solchen Funktion auszugehen ist, hängt (erstens) davon ab, welchen Zweck die einzelnen Verfahrensbestimmungen haben und (zweitens) wie genau das materielle Recht die Verwaltung programmiert. Verfahrensrecht ist also teils dienend, teils eigenständig gegenüber dem materiellen Recht (Pünder, 2014: 239). Wenn sich danach nicht feststellen lässt, dass das Verfahrensrecht in einem bestimmten gesetzlichen Kontext eine nur dienende Funktion haben soll, bleibt es bei der Grundregel, dass eine Verwaltungsentscheidung nur dann im vollen Sinne rechtmäßig ist, wenn sie dem materiellen *und* dem prozeduralen Recht entspricht.

1.3. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verfahrensrechts

Gibt es für das Verwaltungsverfahren Grundlagen in der Verfassung? Diese Frage ist nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch wichtig. Soweit solche Grundlagen existieren, müssen sie bei der Schaffung und der Anwendung des Verfahrensrechts

berücksichtigt werden. Die Verfassung des Staates ist kein bloßes politisches Programm, sondern sie ist Recht und hat folglich einen normativen Gehalt. Sie steht in ihrem Rang über dem „einfachen Recht“, das heißt über den Gesetzen der Parlamente und den Verordnungen der Regierung. Diese sind an die Verfassung gebunden. Sie dürfen nicht gegen die Verfassung verstoßen und sind „verfassungskonform“ zu interpretieren.

1.3.1. Die Bedeutung von Grundrechten

Das gilt auch für das Verwaltungsverfahrensrecht. Soweit verfassungsrechtliche Grundlagen existieren, sind sie für das Parlament, wenn es Fragen des Verwaltungsverfahrens regelt, und vor allem für die Praxis der Verwaltung und der Gerichte unmittelbar relevant. So wird in den USA beispielsweise ausführlich erörtert, welche Regeln des Verwaltungsverfahrens Bestandteile der „due process clause“ des V. und des XIV. Amendments zur US-Verfassung von 1797 sind und welche es nicht sind (Schwartz, 1991). Nicht alle Verfahrensregelungen lassen sich auf die Verfassung zurückführen. Aber vor allem die Kernbestandteile eines Anhörungsrechts werden verfassungsunmittelbar durch die due process clause gewährleistet: „Before an agency takes action that adversely affects particular rights and obligations, those affected must be given to present their side of the case in a full and fair hearing“ (Schwartz, 1991). Dazu zählen auch das Recht, eigene Beweise vorzulegen, die Unterlagen der Behörde zu kennen und am Ende eine Begründung des Verwaltungsakts zu erhalten, die darlegt, von welchen Tatsachen und Gründen die Behörde ausgeht.

In Deutschland spielen in diesem Zusammenhang die Grundrechte der Verfassung eine wichtige Rolle. „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ ist ein zentral wichtiges Thema in Rechtsprechung und Literatur zum Verwaltungsverfahrensrecht (Schmidt-Aßmann, 2006). Das Verfahrensrecht wirkt als Verstärkung der materiellen Grundrechtsgelalte. Auch wenn der Text der einzelnen Garantienorm darüber nichts aussagt, ist die prozedurale Dimension mit im Blick zu behalten.

Leitfall ist die „Mülheim-Kärlich“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (1. Senat) aus dem Jahre 1979 (Federal Constitutional Court, 1979: 30). Der Rechtsstreit betraf die Genehmigung eines Atomkraftwerkes: konkret die Klage einer Nachbarin gegen die Genehmigung und gegen das für die Genehmigung notwendige Verwaltungsverfahren. Das Gericht stellt zunächst heraus, dass sich die Klägerin angesichts des Gefahrenpotentials von Atomkraftwerken auf das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz) berufen könne (Federal Constitutional Court, 1979: 57). Dem Schutz dieser Rechtsgüter diene – so folgert das Gericht weiter – das gesetzliche Erfordernis einer Genehmigung und das bei der Erteilung dieser Genehmigung einzuhaltende Verwaltungsverfahren. Das Grundrecht strahlt auf die Gestaltung und die Anwendung des Verfahrensrechts aus. Im Streitfall konnte die Mehrheit des 1. Senats einen Verstoß gegen das einschlägige Verfahrensrecht nicht feststellen, so dass die Klägerin unterlag. Das Minderheitsvotum der Verfassungsrichter Simon und Heußner stellt die Bedeutung von Verwaltungsverfahren für den Schutz der Grundrechte noch deutlicher heraus und rügt die Art, in der die Behörden das streitige Verfahren geführt haben: „Das Ausgangsverfahren ist geradezu ein Lehrstück für eine Verfahrensgestaltung, die zwar die reibungslose Durchführung des behördlichen Verfahrens erleichtert, die aber die Mitwirkungsrechte betroffener Bürger überspielt und

deren ohnehin vorhandene Ohnmachtserfahrungen gegenüber dem Staatsapparat und einflussreichen Interessenten bestätigt“ (Federal Constitutional Court, 1979: 70).

Jedenfalls sind im Gefolge dieser Judikatur des Bundesverfassungsgerichts Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichte wesentlich sensibler für die verfassungsrechtlichen Dimensionen des Verwaltungsverfahrens geworden. Die Grundrechte, die Gewährleistung umfassenden Gerichtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz) und das Rechtsstaatsprinzip haben unmittelbare Bedeutung für die gesetzgeberische Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und für die Anwendung vorhandenen Verfahrensrechts durch die Verwaltung und die Gerichte. In diesem Sinne haben das Anhörungsrecht der von einer Verwaltungsentscheidung betroffenen Bürger und das Neutralitätsgebot Verfassungsrang. Ihre Ausgestaltung im Einzelnen darf der Gesetzgeber nach seinen eigenen Vorstellungen vornehmen. Er besitzt dabei einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Aber er muss immer die verfassungsrechtliche Basis im Auge behalten. Eine Ausgestaltung, die die Ausübung dieser Rechte praktisch unmöglich machen oder unzumutbar erschweren würde, ist verfassungsrechtlich unzulässig.

1.3.2. Die Bedeutung des Demokratieprinzips

Dass auch das demokratische Prinzip der Verfassungen die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens beeinflusst, ist heute ebenfalls anerkannt. Der einschlägige Topos ist die „Partizipation“. Allerdings sind die Zusammenhänge hier nicht so eindeutig wie bei den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip. Jedenfalls zeigt der Rechtsvergleich größere Unterschiede:

– In den USA wird häufig auf das Demokratieprinzip zurückgegriffen, wenn es um Fragen des Verwaltungsverfahrens geht. Die Argumentation ist etwa die folgende: Die demokratische Legitimation der Verwaltung durch die parlamentarische Gesetzgebung sei ungenügend, weil die Gesetze sehr oft viel politische Macht delegieren würden (Rose-Ackerman, Perroud, 2013: 225). Die Ausübung dieser Macht müsse dann dadurch begrenzt werden, dass betroffene und interessierte Bürger und Interessengruppen in breitem Umfang die Möglichkeit erhalten, der Verwaltung ihre Ansichten zur Kenntnis zu geben. Die Verwaltung muss sich dann mit diesen Ansichten intensiv auseinandersetzen, bevor sie ihre Entscheidung trifft. Das Verwaltungsverfahren entfaltet hier im Rahmen des Demokratieprinzips eine Art Kompensationsfunktion. Auf dieser Vorstellung basiert auch der Administrative Procedure Act der USA aus dem Jahre 1946.

– Auch in Deutschland ist anerkannt, dass das Demokratieprinzip der Verfassung (Art. 20 und 28 Grundgesetz) für Verwaltungsverfahren Bedeutung hat (Trute, 2012). Das gilt etwa für die Verfahren der kommunalen und funktionalen Selbstverwaltung. Grundsätzlich geht man jedoch davon aus, dass die demokratische Legitimation der Verwaltung sich primär auf dem Weg über das Parlament vollzieht: Steuerung durch das parlamentarische Gesetz und den Haushalt (sachliche Legitimation), parlamentarisch eingesetzte und kontrollierte Regierung und Verwaltung (organisatorische Legitimation) (Federal Constitutional Court, 1990: 37, 60). Inwieweit daneben eine Partizipation von Betroffenen, Interessengruppe und Verbänden im Verwaltungsverfahren die demokratische Legitimation der Verwaltung erhöht, wird unterschiedlich bewertet. Die ältere Lehre betont eher, dass die Legitimation der Verwaltung seitens des Parlaments auf diese Weise beeinträchtigt werden kann, weil die Verwaltung dadurch schwer zu

durchschauenden Einflüssen besonders aktiver Lobbygruppen ausgesetzt wird. Eine neuere Ansicht in der Literatur bewertet die demokratische Bedeutung der Partizipation im Verwaltungsverfahren demgegenüber positiv (Trute, 2012). Auch diese Ansicht betont allerdings, dass die mit der Partizipation eröffneten Einflussmöglichkeiten rechtlich geordnet und transparent gestaltet werden müssen. Andernfalls kann Partizipation die Gleichheit der Beteiligungschancen, die die Demokratie allen Bürgern gewährt, verletzt werden. Keinesfalls darf ein Verwaltungsverfahren so geführt werden, dass die zuständige Verwaltung ihre Entscheidung an Gremien oder Interessengruppen, die ihrerseits nicht demokratisch legitimiert sind, praktisch delegiert.

1.3.3. Unterschiedliche Konsequenzen für unterschiedliche Typen von Verfahren

Als eine allgemeine Erkenntnis zur Frage der Verfassungsrelevanz des Verwaltungsverfahrens kann festgehalten werden: Die Art und die Intensität der verfassungsrechtlichen Einflüsse hängen sehr von dem Typ des Verwaltungsverfahren ab, um das es geht. Oben wurde schon verdeutlicht, dass es nicht „das“ Verwaltungsverfahren gibt, sondern verschiedene Typen, die sich in ihren Aufgaben, in ihren Strukturen und in ihren Ergebnissen wesentlich unterscheiden. Das ist auch bei der Frage der Verfassungsrelevanz zu beachten: Für Verfahren zu Erlass von Einzelakten stehen die individuellen Rechte der Betroffenen im Zentrum. Folglich sind hier vor allem die Grundrechte als verfassungsrechtlicher Rahmen wichtig. Geht es dagegen um Planungs- und Normsetzungsverfahren, so sind Einflüsse des demokratischen Prinzips zu bedenken. Für Verfahren der Sozialverwaltung kann das Sozialstaatsprinzip Bedeutung erlangen und zum Beispiel Pflichten der Verwaltung begründen, sozial schwache Bürger besonders sorgfältig über ihre Rechte zu beraten. Wenn die Verfassung ein Staatsziel „Umweltschutz“ festlegt, kann es geboten sein, dass umweltrechtliche Vorsorgeprinzip prozedural besonders abzusichern, z.B. durch besondere Verwaltungsverfahren der Risikoabschätzung und des Risikomanagements (Jaeckel, 2010: 220; Wollenschläger, 2009). Einheitlich für *alle* Verfahrenstypen gilt das Neutralitätsgebot. Es ist im Rechtsstaatsprinzip und auch im Demokratieprinzip verankert.

2. Die Kodifikation von Verwaltungsverfahrensrecht

Verwaltungsverfahrensrecht findet sich üblicherweise an ganz unterschiedlichen Stellen der Rechtsordnung geregelt:

– *Fachgesetze*: Oft enthalten schon die Gesetze, die einzelne Aufgaben der Verwaltung regeln (also die Steuergesetze, Polizeigesetze oder Umweltgesetze), auch Regelungen zu einzelnen Verfahrensfragen: z.B. Vorschriften über die Zuständigkeiten oder über die Befugnis zu Inspektionen und anderen Aufklärungsmaßnahmen. Doch sind diese Vorschriften in ihrem Anwendungsbereich auf das jeweilige Gesetz beschränkt und erfassen die Verfahrensprobleme nur punktuell.

– *Teil-Kodifikationen*: In manchen Ländern sind durch Gesetze aber auch einzelne größere zusammenhängende Verfahrensprobleme geregelt worden. Ein schon älteres Beispiel bildet das Vollstreckungsrecht der Verwaltung. In jüngerer Zeit sind es die Datenschutzgesetze und die Informationsfreiheitsgesetze, die Verfahrensrecht für die Verwaltung geschaffen haben. Manche Länder haben das Recht das Vergaberecht der Verwaltung (public procurement) in einem eigenen Gesetz geregelt und damit eine „Querschnittregelung“ geschaffen, die überall greift, wo die Verwaltung Waren oder Dienstleistungen auf dem freien Markt „einkaufen“ will.

– *Richterrecht*: Als klassische Rechtsquelle des Verwaltungsverfahrensrechts gilt das Richterrecht. In historischer Perspektive lässt sich sogar sagen: die meisten elementaren Kenntnisse von dem, was die Verwaltung bei ihrem Vorgehen zu beachten hat, verdanken wir den Gerichten. Die Gerichte haben sie „Schritt für Schritt“ entwickelt, verdichtet und gegebenenfalls auch umgestaltet.

2.1. Vorzüge und Nachteile von Kodifikationen

Was kann eine „Kodifikation“ des Verwaltungsverfahrensrechts angesichts dieser Situation bedeuten?

Zunächst einmal zum Begriff: Eine Kodifikation ist eine nach übergreifenden Prinzipien getroffene Regelung eines größeren Rechtsgebietes. Ihr Kennzeichen ist systematische Geschlossenheit. Die bloße Zusammenfassung ganz unterschiedlicher Regelungen in einem einheitlichen Rechtsakt sollte nicht als Kodifikation bezeichnet werden. Einer Kodifikation geht es darum, die erfassten Teile inhaltlich auf gewisse einheitliche Linien, auf „Systemgedanken“, auszurichten. Das setzt ein bestimmtes Maß an „Kodifikationsreife“ und außerdem eine gründliche Vorbereitung im politischen und im wissenschaftlichen Raum voraus. Wenn sich ein Rechtsgebiet noch im Experimentierstadium befindet, ist es nicht sinnvoll, es schon zu kodifizieren. Vielfach erfolgen Kodifikationen durch parlamentarisches Gesetz. Notwendig ist das jedoch nicht. Die jüngst erfolgte Kodifikation des französischen Verwaltungsverfahrensrechts wurde durch einen Rechtsakt des Staatspräsidenten erlassen.

Kodifikationen sind rechtspolitisch keine Selbstläufer. Sie stoßen nicht selten auf erheblichen Widerstand. Das gilt gerade auch für Kodifikationen des Verwaltungsverfahrensrechts. Besonders starke Abneigungen gibt es in England. Befürchtet wird eine zu starke Einschnürung der Verwaltung in abstrakte Begriffe². Die Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrens durch die Gerichte erscheint als der flexiblere Weg. Dass diese Einschätzung allerdings nicht im gesamten angelsächsischen Kontext geteilt wird, zeigen die USA, die seit 1946 über einen Administrative Procedure Act verfügen³.

In Deutschland hat der Kodifikationsgedanke einen positiven Klang. Trotzdem gehörte Deutschland, was das Verwaltungsrecht anbetrifft, nicht zu den Vorreitern (Schneider, 2012). Als das Verwaltungsverfahrensgesetz 1976 erlassen wurde, verfügten etwa Spanien, Österreich und Polen längst über entsprechende Kodifikationen. Seither hat die Kodifikationsidee in Europa allerdings an Boden gewonnen (Schneider et al., 2015). Zu nennen sind etwa Italien und die Niederlande und seit Oktober 2015 auch Frankreich, das bisher zu den Gegnern einer Kodifikation des Verwaltungsverfahrens gehörte. Selbst auf der Ebene der Europäischen Union, die sonst durch eine starke Fragmentierung ihrer Politik gekennzeichnet ist, zeigen sich neuerdings Kodifikationstendenzen, auf die ich später genauer eingehen werde (vgl. unter C III).

Welche Vorteile lassen sich für eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts anführen? Diese Frage nach dem „Mehrwert“ einer Kodifikation ist bekannt (German Bundestag, 1973). Ich kann mich daher kurz fassen und dabei auf einige Konsequenzen hinweisen.

² Eine geschlossene Front der Ablehnung existiert freilich nicht (Craig, 2013: 503). Im Grunde herrscht in England insofern „a mix of judge-made principles and sector-specific rules“ (Bell, 2006: 1259).

³ Dazu unten unter 3.2.

(1) An erster Stelle dient eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts der *Information des Bürgers* über seine verfahrensmäßigen Rechte (und eventuell Pflichten) gegenüber der Verwaltung. Dazu wurde bei der Vorbereitung des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes etwa Folgendes gesagt (Schwartz, 1991): „Für den Staatsbürger bedeutet die Vereinheitlichung und Kodifizierung des Verwaltungsverfahrens eine Stärkung seiner Rechtsstellung. Für ihn ist von besonderer Bedeutung, dass ein einheitliches Verfahrensrecht die Tätigkeit der Behörden übersichtlicher und ihm verständlicher macht. Dadurch wird gleichzeitig auch dem Grundsatz der Rechtssicherheit Rechnung getragen“.

Selbst wenn die Bürger den Text der Kodifikation nicht täglich als Buch unter dem Arm tragen, ist allein schon das Bestehen eines solchen Codes hilfreich. Dazu ist es erforderlich, dass die Bürger von der Existenz erfahren (Schulbildung, Information auf Internetseiten). Die Verwaltung hat insofern eine politische Informationspflicht.

Die Informationsfunktion ist nur erfolgreich, wenn die Kodifikation klar gegliedert ist und ihr Umfang nicht ausufert. Mehrere hundert Einzelvorschriften sind eher hinderlich. Wichtig ist ferner eine einfache Sprache, die aber juristisch exakt sein muss. Es sollten schließlich nur solche Bestimmungen aufgenommen werden, die rechtlich bindend und durchsetzbar sind. Dem Bürger sollte „reiner Wein eingeschenkt“ werden, was er von der Verwaltung in verfahrensmäßiger Hinsicht von Rechts wegen verlangen kann. Ein Verfahrensgesetz sollte keine Lyrik enthalten.

(2) Für die in der Verwaltung tätigen *Amtsträger* stellt eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts eine wichtige Grundlage ihrer täglichen Arbeit dar. Sie standardisiert die Antworten auf Rechtsfragen, die sich bei der Bearbeitung von Fällen stellen. Dadurch stützt sie die gleichmäßige Behandlung von Einzelfällen und wirkt willkürlichen Entscheidungen von Behörden entgegen. Dazu ist es notwendig, dass eine Kodifikation nicht nur allgemein gehaltene Grundsätze enthält. Notwendig sind vielmehr konkret gefasste Tatbestände, die die Verfahrensrechte und gegebenenfalls auch die zulässigen Ausnahmen festlegen. Das entlastet die Amtsträger im Kontakt mit dem Publikum. Wie der Bürger so können auch sie auf einen bindenden Rechtstext verweisen, von dem sie nicht abweichen dürfen. Verwaltungsverfahrensgesetze entfalten auf diese Weise eine Edukationsfunktion gerade dort, wo es darum geht, eine rechtsstaatliche Verwaltung aufzubauen.

(3) Für die Praxis der Gerichte haben Kodifikationen eine *Kristallisationsfunktion*. Weil Kodifikationen „allgemeine“ Regelungen bieten, können die Gerichte diese Vorschriften als „Sammelpunkte“ auch für Urteile verwenden, die sich mit vergleichbaren Fragen aus ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten beschäftigen. Beispiel: Wenn eine Kodifikation der Verwaltung allgemein Regelungen an die Hand gibt, wie sie ihr Ermessen auszuüben hat, werden auch diejenigen Urteile diese Regelungen reflektieren, wenn sie sich mit der Ermessensausübung in einem fremden Rechtsgebiet beschäftigen müssen.

Unterstützt wird diese Funktion dann, wenn Kommentare zum Verwaltungsverfahrensgesetz entstehen. Die Kodifikation wird auf diese Weise zur zentralen Referenz für die Dokumentation und die Fortentwicklung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Besonders günstig ist es, wenn die Kommentare als Gemeinschaftswerke von Richtern, Verwaltungsbeamten und Professoren konzipiert sind. Der Austausch zwischen Praxis und Wissenschaft wird auf diese Weise über die Kodifikation vermittelt.

(4) Für die Gesetzgebung haben Kodifikationen eine *Entlastungsfunktion*. Was allgemein geregelt ist, muss nicht in jedem neuen Gesetz erneut festgelegt werden. Zugleich wird dadurch der Druck verringert, den Lobbygruppen auf den Gesetzgeber ausüben. Natürlich ist es zulässig, dass ein späteres Gesetz für einen bestimmten Bereich eine andere Regelung trifft, als sie in der Kodifikation getroffen ist. Rechtlich hat eine Kodifikation keinen höheren Rang als andere Gesetze. Aber es sollte sich nach und nach eine politische Regel entwickeln: Wenn ein jüngeres Gesetz eine Sonderregelung schaffen will, die von den Vorschriften der Kodifikation abweicht, dann müssen dafür tragfähige Gründe genannt werden. Man kann das die „disziplinierende Kraft“ nennen, die eine allgemeine Regelung gegenüber Sonderwünschen entfaltet. Dass eine solche Kraft im politischen Raum nur langsam entwickelt werden kann und immer wieder mit Rückschlägen gerechnet werden muss, ist absehbar. Auch die Entwicklung des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes ist nicht frei von solchen Rückschlägen. Die Literatur kritisiert zu Recht immer wieder Tendenzen der „De-kodifikation“, weil Politiker und einflussreiche Verbände versuchen, den erreichten Stand an Einheitlichkeit durch Sonderwünsche aufzubrechen (Kahl, 2002: 67).

Eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts wirkt – im Guten wie im Schlechten – wie ein Spiegel der gegenwärtigen *Verwaltungskultur* eines Landes.

2.2. Die wichtigsten Bauelemente eines Verwaltungsverfahrensrechts

Nach diesen rechtspolitischen Überlegungen kehren wir zu rechtsdogmatischen Problemen zurück und geben einen Überblick über die wichtigsten Verfahrensregelungen, die sich aus der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht gewinnen lassen. Die „Modelle“ von Kodifikationen, die später behandelt werden sollen (vgl. unter C), stellen Kombinationen unterschiedlicher „Bauformen“ dar. Sie stellen „prozedurale Arrangements“ zur Verfügung.

2.2.1. Elemente eines „Standardverfahrens“

Die folgenden Bauformen sind für ein rechtsstaatliches Verfahrensrecht schlechthin unverzichtbar⁴. Sie bilden zusammen etwas, was man ein „Standardverfahren“ nennen kann (Schneider, 2012).

2.2.1.1. Regelungen der Zuständigkeit

Zunächst einmal muss die zentrale Frage geregelt sein, welche Behörde für den Ablauf und den Abschluss des Verfahrens verantwortlich ist.

Weiter gehören hierher auch Bestimmungen zum *Neutralitätsgrundsatz* („*nemo iudex in causa sua*“): In welchen Fällen ist eine Behörde oder eine Beamter befangen, weil er durch Verwandtschaft oder Freundschaft ein persönliches Interesse an dem Verfahren hat? Wie wird diese Befangenheit festgestellt? Welche Konsequenzen hat es, wenn ein befangener Beamter an den Verfahren mitgewirkt hat?

2.2.1.2. Regelungen über die Beteiligten

Wer soll an dem Verfahren beteiligt sein? Auf jeden Fall ist das der Adressat der beabsichtigten Verwaltungsentscheidung, ferner derjenige, der das Verfahren beant-

⁴ Vgl. Art. 41 der Grundrechtecharta der Europäischen Union; außerdem zahlreiche Empfehlungen des Europarates (Schmidt-Aßmann, 2012a).

ragt hat (Antragsteller). In Betracht kommen auch Dritte, deren berechtigte Interessen in dem Verfahren mit behandelt werden oder durch das Ergebnis des Verfahrens beeinträchtigt werden können, z.B. Nachbarn oder Konkurrenten eines Gewerbetreibenden. Schließlich ist es denkbar, die Öffentlichkeit an einem Verfahren zu beteiligen (vgl. unter 2).

2.2.1.3. Verfahrensrechte der Beteiligten

Welche Rechte sollen die Beteiligten im Verwaltungsverfahren haben?

– Auf jeden Fall ein Recht auf *Anhörung*, bevor die Verwaltung eine belastende Entscheidung trifft. Dieses Recht folgt aus den Grund- und Menschenrechten und aus dem Gedanken der procedural fairness.

– Damit das Anhörungsrecht effektiv ausgeübt werden kann, sollte außerdem das Recht festgelegt werden, dass die Beteiligten die Akten der Behörde einsehen können. Geregelt werden sollte auch, in welchen Fällen sich die Behörde demgegenüber darauf berufen darf, dass die Akten geheim bleiben müssen.

In diesen Kontext gehört auch das Recht jedes Beteiligten, sich eines sachkundigen Beistandes zu bedienen; ferner die Pflicht der Behörde, die Beteiligten über ihre prozeduralen Rechte aufzuklären.

2.2.1.4. Regelungen zum Beweisrecht

Diese Regelungen legen fest, von wem und mit welchen Mitteln der Sachverhalt aufgeklärt werden muss.

– In vielen kontinental-europäischen Rechtsordnungen besteht für die Behörde die Pflicht, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären. Die Beteiligten müssen daran „mitwirken“. Aber die wichtigsten Aufgaben weist der *Untersuchungsgrundsatz* der Behörde zu. Sie muss dabei auch Fakten aufklären, die gegen ihre eigenen Ansichten und Vermutungen sprechen könnten.

– Welche Mittel darf die Behörde einsetzen, um den Sachverhalt aufzuklären, z.B. Zeugen vernehmen, Auskünfte bei anderen Behörden einholen? Soweit solche Maßnahmen mit Eingriffen in die Rechte der Bürger verbunden sind, muss dafür eine eigene gesetzliche Ermächtigung vorhanden sein, z.B. für Inspektionen oder für geheime Datenerhebungen mittels technischer Einrichtungen.

2.2.1.5. Regelungen zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens

– Soll die Behörde verpflichtet sein, das Verfahren in einer gesetzlich bestimmten Frist abzuschließen?

– Wem und wie ist die Entscheidung den Beteiligten bekanntzugeben?

– In welcher Form ist das Verfahren abzuschließen; z.B. durch den Erlass einer förmlichen Entscheidung oder informell?

– Muss die Verwaltung ihre Entscheidung (schriftlich) begründen? Eine solche Begründungspflicht kennt das deutsche Recht und das Recht der Europäischen Union. In England ist eine Begründung erst notwendig, wenn es später zu einer Kontrolle der Entscheidung (judicial review) kommt (Craig, 2012).

– Muss die Verwaltung die Beteiligten darüber informieren, wie sie Rechtsschutz gegen die Entscheidung erlangen können? Eine solche Belehrungspflicht gehörte bisher nicht durchgängig zu den notwendigen Gewährleistungen. In neuerer Zeit aber wird eine solche Belehrung mehr und mehr verlangt (vgl. z.B. § 37 Absatz 6 VwVfG).

2.3. Verfahren unter Beteiligung der Öffentlichkeit

Verfahren, an denen eine große Zahl von Personen oder überhaupt die Öffentlichkeit beteiligt ist, gab es vereinzelt schon früher, z.B. im Wasserrecht oder beim Bau von Straßen. In jüngerer Zeit haben diese Verfahren erheblich zugenommen. Vor allem das Umweltrecht der Europäischen Union verpflichtet die Mitgliedstaaten, immer dann, wenn es um umweltrelevante Planungen und Entscheidungen der Verwaltung geht, in einem förmlichen Verfahren die Öffentlichkeit zu beteiligen (*Umweltverträglichkeitsprüfung*).

Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung sind komplexe Verwaltungsverfahren, die detaillierte Vorschriften verlangen. Mindestens müssen Vorschriften zu folgenden Fragen geschaffen werden:

- Wer zählt zur Öffentlichkeit (nur Betroffene wie Nachbarn oder jedermann)?
- Auf welche Weise ist die Öffentlichkeit über den Gegenstand des Verfahrens zu informieren (öffentliche Auslegung von Akten, Zeitungen)?
- Wie kann die Öffentlichkeit sich zu dem Gegenstand äußern (mündlich, schriftlich, über das Internet)?
- Welche Bedeutung haben die von der Öffentlichkeit beigetragenen Informationen für die Entscheidung der Verwaltung?

Varianten dieses Verfahrens sind solche Verfahren, in denen ein großer Kreis von Betroffenen seine Argumente in einer mündlichen Verhandlung vortragen kann. Es kann sich auch um ein *formalisiertes Hearing* handeln, das ähnlich wie ein Gerichtsverfahren durchzuführen ist. Um die Neutralität der Verwaltung zu erhöhen, sollte in der Art einer „inneradministrativen Gewaltenteilung“ zwischen demjenigen Beamten, der das Hearing durchführt, und demjenigen, der die endgültige Entscheidung in der Sache trifft, getrennt werden.

2.4. Weitere Gegenstände von Kodifikationen von Verwaltungsverfahren

Es gibt viele weitere Bauformen und prozedurale Arrangements, die in eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrens einbezogen werden können. Jede von ihnen besteht aus zahlreichen Einzelregelungen. Ob sie einbezogen werden sollen, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Um die Transparenz der Kodifikation nicht zu gefährden, ist eine restriktive Linie zu empfehlen. In Betracht kommen:

- Regelungen der *Verwaltungsvollstreckung*: Das sind Fragen, die sich an ein durchgeführtes Verwaltungsverfahren anschließen. In der Sache besteht also ein plausibler Zusammenhang.
- Regelungen der *Rechtsform der Verfahrensergebnisse*, also z. B. über Verwaltungsakte oder über Verträge der Verwaltung: sog. konnexe Materien. Sie gehen über rein prozedurale Fragen hinaus, haben aber ebenfalls einen plausiblen Zusammenhang mit diesen.
- Regelungen zum Datenschutz und zur Frage eines allgemeinen Zugangs zu den Akten der Verwaltung: Diese beiden Kernfragen des „*Informationsverwaltungsrechts*“ betreffen ein Thema, das sich nicht nur in einem laufenden Verfahren, sondern allgemein stellt. Für die Verwaltungskultur ist es ein besonders wichtiges Thema. Das legt es nahe, solche Regelungen in ein Verwaltungsverfahrensgesetz einzubeziehen. Zwingend ist das aber nicht.
- Regelungen der *Amtshilfe* und des Informationsaustausches zwischen Behörden.

3. Drei Beispiele für Kodifikationen als „Modelle“

Die vorausgehenden Untersuchungen haben schon gezeigt, wie unterschiedlich Kodifikationen des Verwaltungsverfahrensrechts gestaltet sein können. In der Praxis hängt Vieles von der historischen und der politischen Situation ab, in der eine Kodifikation entstanden ist (Deppe, Pudelka, 2014). Aber es wird auch deutlich, dass der Vorgang der Kodifikation meistens gut genutzt worden ist, um den Zustand des Verwaltungsverfahrens im eigenen Lande gründlich zu reflektieren und für die Zukunft Perspektiven zu entwickeln. Kodifikationsprozesse sind Lernprozesse. Sie stärken das konzeptionelle Denken und sind daher gerade in Zeiten, die in vielen Politikbereichen von einem „muddling through“ beherrscht sind, ein wichtiges Gegengewicht.

Im Folgenden sollen drei Kodifikationen vorgestellt werden, an denen sich die Vorzüge konzeptionellen Denkens zeigen: das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz von 1976 (VwVfG), der US-amerikanische Administrative Procedure Act von 1946 (APA) und der ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht von 2014.

3.1. Das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) von 1976

Deutschland ist ein Bundesstaat. Nach dem deutschen föderalen System ist der Vollzug von Gesetzen grundsätzlich Sache der Länder. Der Bund nimmt nur verhältnismäßig wenige Verwaltungsaufgaben wahr (allerdings mit wachsender Tendenz). Die Verwaltungen der Länder und der Gemeinden vollziehen nicht nur das Landesrecht, sondern auch das Bundesrecht. Folglich finden sich die ersten Initiativen, das Verwaltungsverfahrensrecht zu kodifizieren, auf der Ebene der Länder. Diese Initiativen reichen teilweise in die Zeit vor dem 2. Weltkrieg zurück (Schmidt-Aßmann, 2012a; Schneider, 2012). Ab 1955 wurde immer mehr diskutiert, ob es nicht notwendig sei, ein für die Verwaltungen der Länder und des Bundes möglichst einheitliches Verwaltungsverfahrensrecht zu schaffen. Dabei fiel dem Bund die Rolle eines Vorreiters zu.

Der Kodifikationsprozess dauerte 20 Jahre. An den Diskussionen waren nicht nur die zuständigen Ministerien sondern auch Richter, Professoren, Rechtsanwälte und Einrichtungen der Zivilgesellschaft beteiligt. Zunächst gab es erheblichen Widerstand gegen ein solches Projekt. Befürchtet wurde eine „Einschnürung“ der Verwaltung; das bisherige Richterrecht sei, so sagte man, flexibler. Es waren etwa dieselben Argumente, wie sie heute noch die englische Diskussion beherrschen. Endlich aber siegten die Befürworter. Heute sind diese Diskussionen verstummt. Natürlich gibt es Kritik, nicht nur an einzelnen Vorschriften des VwVfG. Aber zurück zu einer kodifikationslosen Zeit will niemand. Die Kodifikation hat im deutschen Verwaltungsrecht heute seinen zentralen und festen Platz.

3.1.1. Das Konzept

Das VwVfG ist das Verfahrensgesetz der klassischen gesetzesvollziehenden Verwaltung (Schmidt-Aßmann, 2012a). Es rückt das Verhältnis des Einzelnen zur Verwaltung in den Mittelpunkt. Dieses Verhältnis soll rechtsstaatlich geregelt werden. Dazu wird der Einzelne mit einer Reihe von Verfahrensrechten ausgestattet und die Verwaltung mit zahlreichen Pflichten belegt. Die meisten von ihnen lassen sich auf die Grundgedanken des Anhörungsrechts und der administrativen Neutralitätspflicht zurückführen (vgl. oben A I). Erfasst werden vor allem Verwaltungsvorgänge „vor Ort“, die im täglichen Leben

der Bürger eine Rolle spielen können (Baurecht, Gewerberecht, Polizeirecht)⁵. Folgende sieben Merkmale charakterisieren das Konzept:

- Der zu Grunde gelegte Regeltypus des Verwaltens ist die *Hoheitsverwaltung*. Allein das für diese Verwaltungstätigkeit typische öffentlich-rechtliche Handeln ist Gegenstand des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 1 Abs. 1).

- Das Gesetz ist in einem engeren Sinne *entscheidungsorientiert*. Es geht um rechtsförmige Entscheidungen, die in ihrer herausgehobenen Gestalt vom eigentlichen Verfahren abgesetzt und verselbständigt worden sind.

- Unter den Entscheidungen sind es wiederum die *Einzelentscheidungen*, die das Gesetz in den Mittelpunkt rückt (§ 9). Das erfasste Verwaltungshandeln ist Vollzugshandeln. Die administrative Normsetzung als Form einer zwischen dem parlamentarischen Gesetz und dem Einzelvollzug tretende Konkretisierung und Selbstprogrammierung hat in der Systematik des Gesetzes keinen Platz.

- Unter den Vollzugsentscheidungen dominieren die *einseitigen Regelungen*. Das Zentralinstitut ist der Verwaltungsakt. Öffentlich-rechtliche Verträge der Verwaltung finden zwar ebenfalls Anerkennung. Das Gesetz interessiert sich allerdings vor allem für (subordinationsrechtliche) Verträge in Situationen, in denen der Vertrag den Verwaltungsakt ersetzt (§ 54 S. 2).

- Das Gesetz geht von einer *dienenden Funktion* der verfahrensrechtlichen Regelungen gegenüber dem materiellen Recht aus (§ 46). Dahinter steht ein spezifisches Richtigkeitsverständnis von Entscheidungen, das der gerichtlichen Kontrolle die zentrale Position zuweist.

- Die kommunikativen Beziehungen zwischen Bürger und Verwaltung werden als Rechtsverhältnis mit *festen Rollen* definiert. Der Bürger verfolgt seine individuellen Rechte; die Verwaltung ist zwar rechtsgebunden, aber für die Definition des Gemeinwohls letztlich allein verantwortlich. Besonders deutlich zeigt sich das bei den Ausprägungen des Untersuchungsgrundsatzes (§ 24).

- Die Interessen der Bürger sind nach den Vorstellungen des Gesetzes vor allem auf die Abwehr belastender Eingriff und auf den *Bestandserhalt* einmal erlangter Vergünstigungen gerichtet. Rechtssicherheit, Bestandskraft und Vertrauensschutz spielen eine zentrale Rolle (§§ 43, 48, 59). Der Vertrauensschutz war ein Schlüsselthema bei der Ausarbeitung des Gesetzes.

3.1.2. Umfang und Art der Regelungen

Das VwVfG erfüllt die Anforderungen an eine Kodifikation jedenfalls insoweit, als es klar gliedert und nicht zu umfangreich ist. Sein Kern, das eigentliche Verfahrensrecht (Teil II), besteht aus ca. 25 Vorschriften. Dabei geht es keineswegs nur um allgemeine Grundsätze, sondern um ganz bestimmte Rechte und Pflichten sowie um einzelne feste Rechtsinstitute wie z.B. Fristen (§§ 31, 32 VwVfG). Auf "soft law" ist verzichtet worden. Die Vorschriften sind Recht und müssen als Recht interpretiert und angewendet werden. Hilfreich ist es, dass in einem ersten Schritt das Recht, bzw. die Pflicht fixiert und in einem zweiten Schritt Ausnahmen genannt werden. Das erhöht die Anschaulich-

⁵ Für die wichtigen Materien des Steuerrecht und des Sozialrecht gilt zwar nicht das VwVfG. Die entsprechenden „Teil-Kodifikationen“ (Abgabenordnung, Sozialgesetzbuch) enthalten aber weitgehend identisches Verfahrensrecht.

keit. Die Formulierungen des Gesetzes schließen die Fortentwicklung durch Richterrecht nicht aus. Sie geben den Gerichten dazu aber einen greifbaren Text an die Hand, auf den die Argumentationen Bezug nehmen können.

(a) Nicht unbedingt notwendig erscheint es besondere Verfahren, wie z.B. über das Planfeststellungsverfahren, so ausführlich zu regeln, wie das VwVfG das in Teil V und Teil VII getan hat. Interessant für den Bürger ist von diesen Vorschriften vor allem die Regelung, welche *Rechtsbehelfe* („Beschwerde“, „Widerspruch“, gerichtliche „Klage“) gegen einen Verwaltungsakt eingelegt werden können. Dieses ist die Schnittstelle zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem Verwaltungsprozess⁶. Das VwVfG sagt zu diesem wichtigen Thema nur wenig (§ 80 VwVfG – Kostentragung) und verweist im Übrigen auf die Verwaltungsgerichtsordnung. Das erscheint zwar akzeptabel, ist aber für den Bürger nicht optimal. Ein Verwaltungsverfahrensgesetz sollte (auch) darüber informieren, mit welchen Mitteln sich die Beteiligten gegen die von der Verwaltung getroffene Entscheidung wehren können und wie das zu geschehen hat (Form, Frist, Gegenstand).

(b) Richtigerweise hat das VwVfG Vorschriften über den Verwaltungsakt (Teil III) und den öffentlich-rechtlichen Vertrag (Teil IV) als „konnexe Materien“ einbezogen. Diese Vorschriften sind zwar eigentlich kein Verfahrensrecht im strengen Sinne. Aber sie betreffen das Ergebnis des Verfahrens und sie beantworten im Blick auf dieses Ergebnis wichtige Fragen, z.B. inwieweit das Ergebnis stabil ist („Rechtsicherheit“) und der Bürger sich darauf verlassen kann („Vertrauensschutz“).

Aus diesem Grunde bietet es sich an, auch das Verfahren der *Verwaltungsvollstreckung* einzubeziehen. Die Basis dieses Verfahrens sind die Ergebnisse, die das vorausgehende Verwaltungsverfahren abgeschlossen haben: eben der Verwaltungsakt oder der Vertrag. Es geht also um eine Form der Realisation der Verfahrensergebnisse, für die sich eine Einbeziehung in eine Kodifikation des Verfahrensrechts anbietet, ohne allerdings zwingend notwendig zu sein. In Deutschland ist die Verwaltungsvollstreckung in einem eigenen Gesetz geregelt.

(c) Vorschriften über den Datenschutz und über den freien Zugang zu Verwaltungsinformationen enthält das VwVfG nicht. Systematisch stellen sich diese Probleme auch nicht speziell für das Verwaltungsverfahren. Vielmehr gelten die entsprechenden Pflichten der Verwaltung unabhängig davon, ob ein Verwaltungsverfahren läuft. Sie sind in Deutschland in besonderen Gesetzen geregelt. Für das Verwaltungsverfahren selbst genügt eine Regelung, die die Verwaltung dazu verpflichtet, die Geheimnisse der Beteiligten, insbesondere die zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnisse, nicht unbefugt zu offenbaren (§ 30 VwVfG). Jüngere Kodifikationen beziehen diese Themen eines modernen Informationsverwaltungsrechts allerdings ein. Wenn man eine zentrale Kodifikation schaffen will, die über die „Verwaltungskultur“ umfassend informiert, kann sich das empfehlen. Die Kodifikation wird dann jedoch erheblich umfangreicher und kann ihre Transparenz verlieren.

3.2. Der US-amerikanische Administrative Procedure Act (APA) von 1946

Auch die USA sind ein föderaler Staat. Anders als im deutschen System wird das Bundesrecht dort aber nicht von den Verwaltungen der Länder („states“), sondern von

⁶ Die deutsche Sprache ermöglicht es, genau zwischen (administrativem) „Verfahren“ und (judikativem) „Prozess“ zu unterscheiden. Entsprechend wird zwischen *Verwaltungsverfahrensgesetz* und *Verwaltungsprozessgesetz* („Verwaltungsprozessordnung“) unterschieden.

eigenen föderalen Behörden (“agencies”) vollzogen. Eine Besonderheit des amerikanischen Rechts ist es, dass viele (aber nicht alle!) dieser Behörden nur einer sehr begrenzten Kontrolle durch den Präsidenten der USA unterliegen und als “independent agencies” eigene Politik machen. Nach den einschlägigen Gesetzen, die die Aufgaben dieser Behörden oft nur sehr allgemein und unbestimmt festlegen, sollen sie das auch eigenständig tun. Dazu stehen ihnen legislative und judikative Instrumente zur Verfügung. Independent agencies werden in der Literatur als Vierte Gewalt (“forth branch”) bezeichnet. Für das System der Gewaltenteilung, das die Verfassung der USA in den Art. I–III festgelegt hat, sind diese Behörden eine große Herausforderung (Schwartz, 1991).

IVor diesem Hintergrund ist 1946 der Administrative Procedure Act erlassen worden. Seine Vorbereitungen reichen in die Zeit des amerikanischen New Deal unter Präsident Roosevelt zurück. „The key point in this interim period is the development of a “working compromise” between New Deal enthusiasts and those most critical of new regulatory institutions” (Breyer et al., 2011: 22). Der APA soll eine Art prozeduraler Kontrolle installieren, um die Unabhängigkeit der Behörden zu balancieren und die Unbestimmtheit der Gesetze durch eine breite Beteiligung von Interessierten Kreisen zu kompensieren. „Insgesamt liegt dem amerikanischen Recht die Überlegung zugrunde, dass sich die durch Verwaltungsentscheidungen von hoher Komplexität oder großem Konfliktpotential ausgelösten Spannungen am besten durch detailliert geregelte und gerichtlich kontrollierte Einflussmöglichkeiten für alle Interessierte lösen lassen“ (Ericksen et al., 2010). Das ist ein deutlich anderes Konzept als das Konzept des VwVfG. Stark vereinfachend kann man sagen: Der APA nimmt das politisch-administrative System insgesamt in den Blick, während das VwVfG vor allem das Verhältnis des einzelnen Bürger zur Verwaltung schützen will.

Beide Gesetze stimmen allerdings darin überein, dass sie die Verwaltung *rechtlich* ordnen wollen. Auch das amerikanische Verwaltungsrecht ist Recht, nicht nur ein politisches Programm. Es kann vor den Gerichten geltend gemacht werden. Die Gerichte, die in den USA eine starke Position haben, kontrollieren gerade Einhaltung des Verfahrensrechts sehr genau – genauer als in Deutschland, wo der Topos von der nur „dienenden Funktion“ des Verfahrens (vgl. oben unter A II 2) einen breiteren Anwendungsbereich hat (vgl. § 46 VwVfG).

3.2.2. Umfang und Art der Regelungen

Beide Kodifikationen, der APA ebenso wie das VwVfG, greifen auf die traditionellen Instrumente des prozeduralen Rechts zurück, vor allem den Gedanken der Anhörung („Hearing“). Aber beide haben eine unterschiedliche Perspektive. Während sich das VwVfG auf Einzelmaßnahmen der Verwaltung (Verwaltungsakte und Verträge) beschränkt, bezieht der APA die Normsetzung der Verwaltung ein. Verträge, die die Verwaltung mit Bürgern schließen, sind dagegen nicht Gegenstand des APA.

(a) Der APA beginnt mit einer langen Reihe von Definitionen (§ 552). Dadurch wird juristische Präzision gewährleistet. Dieser Vorteil geht allerdings auf Kosten der Verständlichkeit für den Laien. Dieser Eindruck setzt sich bei der Lektüre der folgenden Bestimmungen fort. Die Vorschriften sind außerordentlich lang; sie lesen sich kompliziert. Ihre Struktur ist systematisch exakt, aber (jedenfalls auf den ersten Blick) wenig transparent. Es ist ein Text für Experten, die sich mit herausgehobenen Fällen beschäf-

tigen, während das VwVfG eher als ein Gesetz für die Alltagsarbeit der Behörden, auch derjenigen auf der lokalen Ebene, erscheint.

(b) Für die Regelung von *Einzelfällen* (“adjudication”) stellt der APA ein förmliches Verfahren zur Verfügung (§ 554). Es läuft in der Art eines Gerichtsverfahrens ab. In seinem Zentrum steht ein formelles “hearing”. In diesem können die Beteiligten ihre Argumente vorbringen können. Hier erfolgt auch die Beweisaufnahme, z.B. durch eine Vernehmung von Zeugen. Den Abschluss bildet ein zusammenfassender detaillierter Bericht (“record”). Dieser ist dann die Basis, auf der die Behörde ihre Entscheidung zu treffen hat (§ 557). Über die informelle Regelung von Einzelfällen sagt der APA nicht. Sie läuft außerhalb der Kodifikation nach den richterrechtlich entwickelten Regeln der *due process-clause*.

(c) Für den Erlass von *administrativen Normen* (“rulemaking”) stellt der APA mehrere Verfahrensarten zur Verfügung (Schwartz, 1991): In der Praxis besonders wichtig ist das sogenannte *informal rulemaking* (§ 553). Es besteht aus drei Schritten: zunächst hat die Behörde öffentlich bekannt zu machen, dass sie den Erlass einer Norm beabsichtigt. Danach hat sie interessierten Personen Gelegenheit zu geben, zu dem Projekt ihre Ansichten und Informationen darzulegen. Das kann entweder schriftlich oder mündlich geschehen. Beim Erlass der vorgesehenen Norm muss sich die Behörde in einem genauen Bericht (“*concise general statement*”) diesen Informationen auseinandersetzen. Dieses “*notice and comment*”-Verfahren ist ein ganz zentraler Bestandteil des amerikanischen Verwaltungsrechts, das in den Lehrbüchern breit behandelt wird (Breyer et al., 2011: 551–600).

(d) Besondere Bedeutung ist schon früh auch dem *Informationsrecht* beigemessen worden. Vorschriften über den Zugang zu Dokumenten waren zwar noch nicht im ursprünglichen APA von 1946 enthalten. Die durch solche Vorschriften angestrebte Transparenz der Verwaltung lag jedoch von Anfang an in der „Verfahrensphosphie“. Durch den “Freedom of Information Act” sind 1966 entsprechende Vorschriften geschaffen und in den APA integriert worden (§ 552). Das amerikanische Verwaltungsrecht kann insofern durchaus als vorbildlich angesehen werden (Pierce et al., 2014). Zu kritisieren ist nur die außerordentlich komplizierte und schwer verständliche Art der Regelung.

Insgesamt aber kann der APA ebenso wie das VwVfG als eine gut durchdachte und für das Land repräsentative Kodifikation angesehen werden. Natürlich mussten beide Gesetze Kompromisse machen. Die Schaffung und Kodifizierung von Verwaltungsverfahrensrecht ist immer eine Gratwanderung zwischen zu vielen und zu wenigen Regeln, zwischen zu flexiblen und zu rigiden Vorschriften. Verfahrensrecht ist eine Frage des richtigen Maßes. Beide Gesetze haben diese Interessen abgewogen. Dabei zeigen sich unterschiedliche Präferenzen, die mit der unterschiedlichen politischen Kultur in den beiden Staaten zu tun haben. Aber auf diese Weise sind ausgewogene Modelle entstanden.

3.3. Der ReNEWAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht von 2014

Dieser Entwurf einer Kodifikation ist von einer Arbeitsgruppe erarbeitet worden, in der sich elf Wissenschaftler aus unterschiedlichen europäischen Ländern aus eigener Initiative zusammengefunden haben (Schneider et al., 2015). Er ist zunächst ein-

mal ein Projekt der Wissenschaft. Er hat die unterschiedlichen Verfahrensregelungen des EU-Rechts und der Mitgliedstaaten zusammengetragen, sorgfältig analysiert und daraus einen innovativen Kodifikationsvorschlag entwickelt. Das Gesetz soll (jedenfalls zunächst) nur für die eigene Verwaltung der EU, nicht aber für die Verwaltungen der Mitgliedstaaten gelten.

3.3.1. Das Konzept

Der ReNEUAL-Entwurf legt das Konzept einer umfassenden Kodifikation zugrunde. Er ist in sechs Bücher gegliedert. Drei Bücher behandeln das Verwaltungsverfahren der wichtigsten administrativen Handlungsformen: die Normsetzung der Exekutive (Buch II), die Einzelfallentscheidungen (Buch III) und die Verträge der Verwaltung (Buch IV). Der Entwurf greift damit über das deutsche VwVfG und über den amerikanischen APA hinaus. Für die Normsetzung wird ein dem APA ähnliches *“notice and comment”-Verfahren* vorgeschlagen. Für das Verfahren zum Erlass von Einzelakten bezieht sich der Entwurf mehrfach auf das deutsche VwVfG. Wie dieses beschäftigt er sich auch mit der das Verfahren abschließenden Entscheidung („Verwaltungsakt“) und der Frage ihrer späteren Abänderbarkeit.

Besonders innovativ ist es, in einem besonderen Buch das Informationsmanagement der Verwaltung zu regeln (Buch VI). Dieses Thema ist für die Verwaltung in der EU besonders wichtig, weil sie zu großen Teilen auf dem Austausch von Informationen (vertikal) zwischen den Verwaltungen der Mitgliedstaaten und der EU-Verwaltung und (horizontal) zwischen den Verwaltungen der Mitgliedstaaten untereinander beruht. Hier spielen Datenbanken und Informationsnetzwerke eine besondere Rolle. Die Fragen, inwieweit der Informationsaustausch verlangt werden kann und welche rechtlichen Grenzen dabei einzuhalten sind, müssen für den „Europäischen Verwaltungsverbund“ exakt geregelt werden⁷. Diese Regelungen des Entwurfs beziehen notwendig auch die Verwaltungen der Mitgliedstaaten ein. Indem das Informationsthema hier kreativ aufgegriffen wird, indiziert der Entwurf die Notwendigkeit, über eine weitere, eine neue „dritte“ Generation von Verwaltungsverfahren nachzudenken (Barnes, 2010: 336).

Für einen einzelnen Staat, der nicht Mitglied eines Verwaltungsverbundes ist, ist das Buch VI des Entwurfs nicht direkt einschlägig. Es ist jedoch interessant, weil es die Bedeutsamkeit des Informationsrechts der Verwaltung unterstreicht. Einfache Regeln über die Amtshilfe zwischen Behörden, in denen auch die entsprechenden Fragen des Datenschutzes geregelt sind, sollten in einem modernen Verwaltungsverfahrensgesetz enthalten sein. Die Vorschriften des VwVfG (§§ 4–8) genügen diesen Anforderungen an eine Integration datenschutzrechtlicher Bestimmungen in das Verfahrensrecht der Amtshilfe nicht (mehr). Der ReNEUAL-Entwurf enthält dazu wesentlich differenziertere Regelungen, die auch ein Benachrichtigung der von einem Informationsaustausch betroffenen Bürger vorsehen (Buch V).

3.3.2. Die Realisierung des Projekts

Der Entwurf ist wie gesagt zunächst einmal ein Projekt der Wissenschaft. Ob und wie er in verbindliche Rechtsakte der EU umgesetzt wird, ist zurzeit noch nicht vorhersehbar.

⁷ Zum Gedanken des „Europäischen Verwaltungsverbundes“ (Schmidt-Aßmann, 2012b).

Dass es erhebliche politische Widerstände geben wird, ist sehr wahrscheinlich. Immerhin genießt das Projekt aber die Unterstützung des Europäischen Parlaments. Entscheidend wird es sein, wie sich die Kommission der EU zu dem Entwurf stellt. Sie hat das Initiativrecht.

Der Entwurf folgt dem Modell einer integrierenden Kodifikation: Die sechs Bücher sind gleichzeitig entworfen worden und im Detail aufeinander abgestimmt. Das bedeutet aber nicht notwendig, dass alle Bücher gleichzeitig in Kraft gesetzt werden müssen. Auch eine sukzessive Kodifizierung ist denkbar. Nach einem solchen Modell sind etwa die Niederlande seit 1994 vorgegangen. Auch für den ReNEUAL-Entwurf wird in der Literatur darüber nachgedacht, schrittweise vorzugehen. Dann würde es sich anbieten, mit Buch III zu beginnen. Das Verfahren zum Erlass von Einzelakten ist der klassische Typ eines Verwaltungsverfahrens. Seine wichtigsten Bestandteile sind durch den Rechtsvergleich gut belegt. Die Verfasser des ReNEUAL-Entwurfs konnten hier auf sicherem Boden arbeiten und sind zu Vorschlägen gelangt, die in ihren Formulierungen und in ihrem Inhalt durchgängig überzeugen.

Insgesamt unterstreicht der ReNEUAL-Entwurf, dass die grundlegenden Regelungen eines modernen Allgemeinen Verwaltungsrechts heute europaweit und darüber hinaus „Kodifikationsreife“ erlangt haben.

Bibliographie:

1. Administrative Law and Process / R. Pierce, S. Shapiro, P. Verkuil. 6th ed. New York : Foundation Press, 2014. 493 p.
2. Administrative Law and Regulatory Policy: Problems Text, and Cases / S. Breyer, R. Stewart, C. Sunstein, A. Vermeule, M. Herz. 7th ed. New York, 2011. 700 p.
3. Allgemeines Verwaltungsrecht / H.-U. Erichsen, D. Ehlers (Hrsg.). 14. Auflage. Berlin ; New York : De Gruyter, 2010. 1066 S.
4. Barnes J. Towards a third generation of administrative procedure. *Comparative Administrative Law* / S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth (eds.). Cheltenham ; Northampton, 2010. P. 336–380.
5. Battini S., Materella B., Sandulli A. Il procedimento. *Diritto Amministrativo Comparato* / G. Napolitano (ed.). Milano : Giuffrè, 2007. P. 107–174.
6. Bell J.S. Comparative Administrative Law. *The Oxford Handbook of Comparative Law* / M. Reimann, R. Zimmermann (eds.). Oxford : Oxford University Press, 2006. P. 1259–1277.
7. Beschluss vom 10.05.1977 / Bundesverfassungsgericht. *Amtlichen Entscheidungssammlung*. 1977. Bd. 45. S. 297–335.
8. Beschluss vom 20.12.1979 / Bundesverfassungsgericht. *Amtlichen Entscheidungssammlung*. 1979. Bd. 53. S. 30–75.
9. Comparative Administrative Law / S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth (eds.). Cheltenham ; Northampton, 2010. 688 p.
10. Craig P. A general law on administrative procedure, legislative competence and judicial competence. *European Public Law*. 2013. Vol. 19. Issue 3. P. 503–524.
11. Craig P. Administrative Law. 7th ed. London : Sweet & Maxwell, 2012. 1102 p.
12. Deppe J., Pudelka J. General Administrative Law in Central Asian States – a brief overview of the current state. URL: http://ruleoflaw.eu/wp-content/uploads/2014/01/130708-Pudelka-Deppe-study_r.pdf.
13. Entscheidungen vom 31.10.1990 / Bundesverfassungsgericht. *Amtlichen Entscheidungssammlung*. 1990. Bd. 83. S. 37–80.

14. Fromont M. *Droit administratif des États européens*. Paris : Presses Universitaires de France, 2006. 362 p.
15. Jaeckel L. *Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik*. Tübingen, 2010. 379 S.
16. Kahl W. Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen. *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.). Baden-Baden, 2002. S. 67–90.
17. Pitschas R. *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*. München, 1990. 805 S.
18. Pünder H. Administrative Procedure – Mere Facilitator of Material Law versus Cooperative Realization of Common Welfare (Chapter 13). *Debates in German Public Law* / H. Pünder, C. Waldhoff (eds.). Oxford, 2014. S. 239–260.
19. Quabeck C. Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung. Tübingen, 2010. 323 S.
20. ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht / J.-P. Schneider, H.C.H. Hofmann, J. Ziller (Hrsg.). München, 2015. 214 S.
21. Röhl H.Ch. Ausgewählte Verwaltungsverfahren (§ 30). *Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). 2. Auflage. München, 2012. Bd. 2. S. 731–798.
22. Rose-Ackerman S., Perroud T. Policy Making and Public Law in France: Public Participation, Agency Independence and Impact Assessment. *Columbia Journal of European Law*. 2013. Vol. 19. P. 225–312.
23. Schmidt-Aßmann E. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. Auflage. Berlin, 2004. 470 S.
24. Schmidt-Aßmann E. Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht (§ 27). *Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). 2. Auflage. München, 2012. Bd. 2. S. 495–556.
25. Schmidt-Aßmann E. Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien (§ 45). *Handbuch der Grundrechte (HGR)* / D. Merten, H.-J. Papier (Hrsg.). Heidelberg, 2006. Bd. 2. S. 993–1030.
26. Schmidt-Aßmann T. Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund (§ 5). *Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). 2. Auflage. München, 2012. Bd. 1. S. 261–340.
27. Schneider J.-P. Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren (§ 28). *Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). 2. Auflage. München, 2012. Bd. 2. S. 557–662.
28. Schwartz B. *Administrative Law*. 3rd ed. Boston, 1991. 816 p.
29. Trute H.-H. Die demokratische Legitimation der Verwaltung (§ 6). *Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)* / W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). 2. Auflage. München, 2012. Bd. 1. S. 341–436.
30. *Verwaltungsrecht in Europa*. Bd. 1 (England, Spanien, Niederlande) / J.-P. Schneider (Hrsg.). Göttingen, 2007. 471 S.
31. *Verwaltungsrecht in Europa*. Bd. 2 (Frankreich, Tschechien, Polen) / J.-P. Schneider (Hrsg.). Göttingen, 2009. 494 S.
32. *Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) von 1973* / Deutschen Bundestag. *Bundestagsdrucksache*. 1973. № 7/910. S. 27–130.
33. Wade W., Forsyth C. *Administrative Law*. 11th ed. Oxford, 2014. 958 p.
34. Wollenschläger B. *Wissensgenerierung im Verfahren*. Tübingen, 2009. 259 S.

References:

1. Pierce, R., Shapiro, S., Verkuil, P. (2014). *Administrative Law and Process*. 6th ed. New York: Foundation Press [in English].
2. Breyer, S., Stewart, R., Sunstein, C., Vermeule, A., Herz, M. (2011). *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems Text, and Cases*. 7th ed. New York [in English].
3. Erichsen, H.-U., Ehlers, D. (eds.) (2010). *Allgemeines Verwaltungsrecht* [General administrative law]. 14th ed. Berlin; New York: De Gruyter [in German].
4. Barnes, J. (2010). Towards a third generation of administrative procedure. *Rose-Ackerman, S., Lindseth, P.L. (eds.). Comparative Administrative Law*. Cheltenham; Northampton, pp. 336–380 [in English].
5. Battini, S., Materella, B., Sandulli, A. (2007). Il procedimento [The process]. *Napolitano, G. (ed.). Diritto Amministrativo Comparato*. Milano: Giuffrè, pp. 107–174 [in Italian].
6. Bell, J.S. (2006). *Comparative Administrative Law*. *Reimann, M., Zimmermann, R. (eds.). The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1259–1277 [in English].
7. Federal Constitutional Court (1977). Beschluss vom 10.05.1977 [Decision of May 10, 1977]. *Amtlichen Entscheidungssammlung*, issue 45, pp. 297–335 [in German].
8. Federal Constitutional Court (1979). Beschluss vom 20.12.1979 [Decision of December 20, 1979]. *Amtlichen Entscheidungssammlung*, issue 53, pp. 30–75 [in German].
9. Rose-Ackerman, S., Lindseth, P.L. (eds.) (2010). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham; Northampton [in English].
10. Craig, P. (2013). A general law on administrative procedure, legislative competence and judicial competence. *European Public Law*, vol. 19, issue 3, pp. 503–524 [in English].
11. Craig, P. (2012). *Administrative Law*. 7th ed. London: Sweet & Maxwell [in English].
12. Deppe, J., Pudelka, J. (2014). General Administrative Law in Central Asian States – a brief overview of the current state. Retrieved from: http://ruleoflaw.eu/wp-content/uploads/2014/01/130708-Pudelka-Deppe-study_r.pdf [in English].
13. Federal Constitutional Court (1990). Entscheidungen vom 31.10.1990 [Decisions of October 31, 1990]. *Amtlichen Entscheidungssammlung*, issue 83, pp. 37–80 [in German].
14. Fromont, M. (2006). *Droit administratif des États européens* [Administrative law of European states]. Paris: Presses Universitaires de France [in French].
15. Jaeckel, L. (2010). *Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik* [Defense law and risk dogmatics]. Tübingen [in German].
16. Kahl, W. (2002). Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen [The Administrative Procedures Act between the idea of codification and developments in special law]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E. (eds.). Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*. Baden-Baden, pp. 67–90 [in German].
17. Pitschas, R. (1990). *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren* [Administrative responsibility and administrative procedures]. München [in German].
18. Pünder, H. (2014). Administrative Procedure – Mere Facilitator of Material Law versus Cooperative Realization of Common Welfare (Chapter 13). *Pünder, H., Waldhoff, C. (eds.). Debates in German Public Law*. Oxford, pp. 239–260 [in English].
19. Quabeck, C. (2010). *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung* [Serving function of the administrative procedure and proceduralization]. Tübingen [in German].
20. Schneider, J.-P., Hofmann, H.C.H., Ziller, J. (eds.) (2015). *ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensgesetz* [ReNEUAL – Model for an EU administrative procedural law]. München [in German].

21. Röhl, H.Ch. (2012). Ausgewählte Verwaltungsverfahren (§ 30) [Selected administrative procedures (§ 30)]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Voßkuhle, A. (eds.). Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)*. 2nd ed. München, vol. 2, pp. 731–798 [in German].
22. Rose-Ackerman, S., Perroud, T. (2013). Policy Making and Public Law in France: Public Participation, Agency Independence and Impact Assessment. *Columbia Journal of European Law*, vol. 19, pp. 225–312 [in English].
23. Schmidt-Aßmann, E. (2004). Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee [General administrative law as an idea of order]. 2nd ed. Berlin [in German].
24. Schmidt-Aßmann, E. (2012a). Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht (§ 27) [The procedural idea in German and European administrative law (§ 27)]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Voßkuhle, A. (eds.). Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)*. 2nd ed. München, vol. 2, pp. 495–556 [in German].
25. Schmidt-Aßmann, E. (2006). Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien (§ 45) [Fundamental rights as organizational and procedural guarantees (§ 45)]. *Merten, D., Papier, H.-J. (eds.). Handbuch der Grundrechte (HGR)*. Heidelberg, vol. 2, pp. 993–1030 [in German].
26. Schmidt-Aßmann, T. (2012b). Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund (§ 5) [Constitutional principles for the European administrative group (§ 5)]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Voßkuhle, A. (eds.). Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)*. 2nd ed. München, vol. 1, pp. 261–340 [in German].
27. Schneider, J.-P. (2012). Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren (§ 28) [Structures and types of administrative procedures (§ 28)]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Voßkuhle, A. (eds.). Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)*. 2nd ed. München, vol. 2, pp. 557–662 [in German].
28. Schwartz, B. (1991). *Administrative Law*. 3rd ed. Boston [in English].
29. Trute, H.-H. (2012). Die demokratische Legitimation der Verwaltung (§ 6) [The democratic legitimacy of the administration (§ 6)]. *Hoffmann-Riem, W., Schmidt-Aßmann, E., Voßkuhle, A. (eds.). Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR)*. 2nd ed. München, vol. 1, pp. 341–436 [in German].
30. Schneider, J.-P. (ed.) (2007). *Verwaltungsrecht in Europa*. Bd. 1 (England, Spanien, Niederlande) [Administrative law in Europe. Vol. 1 (England, Spain, Netherlands)]. Göttingen [in German].
31. Schneider, J.-P. (ed.) (2009). *Verwaltungsrecht in Europa*. Bd. 2 (Frankreich, Tschechien, Polen) [Administrative law in Europe. Vol. 2 (France, Czech Republic, Poland)]. Göttingen [in German].
32. German Bundestag (1973). *Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) von 1973* [Administrative Procedure Act (VwVfG) of 1973]. *Bundestagsdrucksache*, no. 7/910, pp. 27–130 [in German].
33. Wade, W., Forsyth, C. (2014). *Administrative Law*. 11th ed. Oxford [in English].
34. Wollenschläger, B. (2009). *Wissensgenerierung im Verfahren* [Knowledge generation in the process]. Tübingen [in German].

**CODIFICATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW:
TRADITIONS AND MODELS**

CV Professor Dr. Dr. h.c. mult.

Eberhard Schmidt-Aßmann,

Professor Emeritus of Public Law

of the University of Heidelberg, Germany

e.schmidt-assmann@t-online.de

The contribution explains the underlying rationale, objectives and constitutional framework for administrative procedural law. Furthermore, the arguments for and against comprehensive codification of administrative procedural rules, as well as the most significant elements of administrative procedural law, are discussed. Lastly, possible models for codification are presented, namely the German Law on Administrative Procedure, the US Administrative Procedure Act and the ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure.

Key words: administrative law, good governance, rule of law, administrative procedural rules, codification, models, German Law on Administrative Procedure, US Administrative Procedure Act, ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure.

CURRENT PROBLEMS OF CORRUPTION-ADMINISTRATIVE OFFENSES

Corruption remains one of the largest political and socio-economic problems in Ukraine, which hinders the development of state and civil society, deepens social crisis phenomena and in general undermines the image of Ukraine on the world stage. The development and implementation of anticorruption measures, in particular legal responsibility, in practice require the strict observance of the procedures for their application in order to prevent violations of the rights of those concerned. It is a question of ensuring a balance between the inevitability of the punishment of a person who committed an offense related to corruption and its rights and freedoms guaranteed by current legislation. Achievement of the formulated goal is carried out with the help of complex and consistent application of the corresponding scientific tool presented by such methods of scientific knowledge as logic-semantic, systemic, structural-logical, methods of analysis and synthesis, etc.

*The **purpose of the paper** is to study the problems of legal regulation of proceedings in prosecution for violations related to corruption and to formulate proposals for their solution. The stated goal is achieved through the complex and consistent application of appropriate scientific tools, presented by such methods of scientific cognition as logical-semantic, systemic, structural-logical, methods of analysis and synthesis, etc.*

***Results.** The article analyzes the issue of administrative liability for corruption offenses. The gaps in the legal regulation of liability for offenses related to corruption are revealed, ways of solving the above problems are offered. The attention is focused on the necessity of observing the guarantees of a fair court in bringing the person to administrative liability for offenses related to corruption.*

***Conclusions.** Since the norms of Code of Ukraine on administrative offenses do not allow to fully ensure the right to a fair trial, the urgent need is to develop and adopt a law on amendments to the Code of Criminal Procedure or its new edition, which would take into account the practice of the European Court of Human Rights, including in cases of offenses related to with corruption.*

Key words: administrative liability, offenses related to corruption, human rights guarantees, right to a fair trial.



Boiko Iryna,
Associate Professor
of the Department
of Administrative Law
of Yaroslav Mudryi National
Law University,
PhD in Law
orcid.org/0000-0003-3878-5985
ir_boiko@ukr.net



Soloviova Olha,
Associate Professor
of the Department
of Administrative Law
of Yaroslav Mudryi National
Law University,
PhD in Law
orcid.org/0000-0003-3801-9113
o.m.soloviova@gmail.com

1. Introduction

For a long time, corruption remains one of the largest political and socio-economic problems in Ukraine, which affects the development of state and civil society, increases social crisis phenomena and in general misrepresents the image of Ukraine on the world stage. In the Corruption Perceptions Index (CPI), which is established by Transparency International in 2018, our country ranked 120 in the list of 180 countries in the world. Although the position of Ukraine in the rating is improving year by year, such state of affairs is still far from satisfactory. The development and implementation of anticorruption measures, in particular legal liability, in practice require the precise compliance with the procedures for their application in order to prevent rights violations of those concerned. It is a matter of ensuring balance between the inevitable punishment of a person who committed an offense related to corruption and his rights and freedoms guaranteed by current legislation.

The issues of preventing and combating corruption are reflected in the work of many researchers, and not only representatives of legal science (N.P. Bortnik, M.I. Khavronyuk, D.O. Kalmykov, O.H. Kalman, M.O. Melnik). At the same time, the analysis of rights accordance of individuals brought to administrative liability for corruption offenses did not reach the general public. Taking into account the abovementioned, the article will investigate the problems of legal regulation of proceedings in prosecution for such violations and their possible solutions.

The significance of administrative liability for corruption-related offenses is that such misconduct is the most widespread form of delinquency, and thus constitute a complex negative social phenomenon. Due to its application, the prevention of dangerous offenses is implemented, including crimes related to corruption.

Since the society in whole has a great interest in overcoming corruption, the development and application of a mechanism for bringing to administrative liability becomes important, excluding any doubts as to the legality and fairness of the corresponding penalty. It is significant to have an established system of human rights guarantees, when a person is brought to administrative liability for corruption-related offenses. What guarantees of human rights must be ensured when brought to administrative liability?

2. Legitimacy as the principle of bringing a person to administrative liability for offenses related to corruption

First of all, it is worth paying attention to the legitimacy of imposing administrative penalties. In accordance with part 3 of art. 7 Code of Ukraine on Administrative Offenses (hereinafter – CUAO), the use of administrative measures authorized by the officials is carried out within the limits of their competence, in strict conformity with the law (Verkhovna Rada of the Ukrainian SSR, 1984).

Corruption offenses include penalties such as fines, confiscation (income, rewards, gifts, money) and deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities. The fine is the basic penalty for any offense related to corruption. Confiscation is used as an extra charge that has to be imposed, since the sanction of articles is formulated in such a way that confiscation (as an additional charge) is mandatory. Regarding the third type of penalty, according to part 6 of art. 30 CUAO deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities is appointed by the court for one year, when it is specifically provided for in the sanction of the article (sanctions of part of the article) of the Special Part of the CUAO, when, taking into account the nature of the administrative offense committed for office, the person who committed an administrative offense, and other circumstances of the case, the court recognizes the impossibility of preserving for her the right to occupy certain positions or engage in certain activities. Thus, the court has broad powers to enforce judgment even when imposing a penalty that is not in the sanction of the article.

In our opinion, such a position of the legislator, set forth in part 5 of art. 30 CUAO, contradicts the general principles of legal liability, in particular, imposing penalties within the limits established by the sanction of the article. As judicial practice shows, courts often apply the provisions of part 5 of art. 30 CUAO, but do not indicate which circumstances indicate that a person can not continue to hold positions (for example, in court decisions such an argument is encountered that the court finds it impossible to preserve the right of a person to occupy certain positions or engage in certain activities (Mukachevo City District Court of Zakarpattia region, 2016) or an offense is directly related to his being in office (Pechersk District Court of Kyiv, 2016). We see this as a gross violation as the judge, using the court's discretion and imposing a penalty that is not in the sanctions of the article, should argue and give concrete reasons why the person can not continue to hold positions in the future. However, this is not the only problem while imposing penalties for corruption offenses. Indeed, the sanctions of part 3 of art. 172-4, part 2 of art. 172-5, part 3 of art. 172-6, part 2 of art. 172-9-1 contain a penalty in the form of a certain amount of fine with the confiscation of received income or rewards (gifts, donations, money) and with the deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities for a period of one year. That is, the legislator, setting an increased responsibility for qualified offenses (these are cases where the misconduct is committed by individuals who have already been brought to administrative responsibility in the previous year under the previous parts of the relevant articles), imposes on individuals three types of penalties. This situation does not coincide with the part 2 of art. 25 CUAO, stating that one person is subject to one basic or a basic and an additional administrative charge for one administrative offence. According to

Part 1 of this article, confiscation of items may be applied to as both the basic and additional administrative charge; deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities – only as additional; other administrative charges – only as the basic ones. That is, in cases of committing offenses stipulated by the said articles, one basic and two additional penalties should be imposed on the person. Consequently, in practice there are cases where one person should be subject to three types of charges for one offense. The legal literature has repeatedly emphasized the need for a clear demarcation of the basic and additional penalties (Khoroshchak, 2003). Thus, it is noted that the application of the legally fixed basic administrative penalties constitutes the punishment of the offender as the main purpose, and the simultaneous application of additional penalties provides, along with the punishment of the offender, the elimination of the conditions for the further offenses or is compensatory in nature.

A clear delineation of the basic and additional penalties on the indicated features enables to adhere to the principle of guilt and punishment being applied. Otherwise, one can conclude that, when applying the basic and additional sanctions, which in turn serve as separate types of administrative penalties and are administrative-legal coercion, two penalties are imposed on a person, which, in turn, violates the requirements of art. 61 of the Constitution of Ukraine (Verkhovna Rada of Ukraine, 1996).

Regarding judicial practice, the register of judgments contains few resolutions on the specified articles in which a person is charged with administrative penalty in the form of a fine with confiscation of income or remuneration and with the deprivation of the right to occupy certain positions or engage in certain activities for one year (i. e. all three charging at the same time) (Mykolaiv district court of Odessa region, 2018) or only a penalty payment (ignoring other penalties specified in the sanction) (Velikonoselkovsky District Court of Donetsk region, 2018). We see the existing situation as contradicting the general principles of ensuring human rights, guaranteed by the Constitution of Ukraine and international acts. The principle of legality is also connected with the statute of limitations for imposing administrative penalties, stipulated in part 3 of art. 38 CUAO. For their correct calculation, it is necessary to establish the time when the offense was committed or detected.

It should be noted that neither CUAO nor the Law of Ukraine “On Prevention of Corruption” specify what is to be considered as the moment of detection of an offense, including corruption-related ones. An analysis of judicial practice allows us to conclude that there are three approaches to establishing such a moment: either this is the date of recording an administrative offense; or the day when the authorized body receives information which implies the signs of an offense related to corruption in the person’s deed; or it is the day when the authorized body sets down in writing explanations of a person who is a subject of a further minutes record about committing of an offense connected with corruption.

In legal literature there is no unambiguous approach to the definition of the legal nature of the records on administrative violations. Thus, some authors consider the minutes as the basis for the consideration of an administrative case (Ignatenko, 2015); others – as a source of evidence (Lukyanets, 2010). According to L.V. Koval, the minutes is the beginning of proceedings in administrative offenses (Koval, 1994). M.I. Horodyskyi

and V.A. Humeniuk consider it as a procedural document, which marks the end of the stage of administrative disputes, which is, most likely, the indictment (Horodyskyi, 1998). In any case, the minutes is an official document, which records the fact of committing an administrative misconduct. Consequently, all suggested definitions are allowed, depending on the selection of particular stages of the proceedings. To date, CUAO clearly establishes that the minutes has to be recorded not later than twenty-four hours from the moment of detection the person who committed the offense, in duplicate, one of which is submitted to the person who is being brought to administrative responsibility (part 2 of art. 254). It is implied that from the moment of detection and up to the moment of drawing up the minutes it should take no more than 24 hours. And if the moment of receiving information about an administrative offense related to corruption will differ from the moment of record, it should also be clearly stated in other official documents of the relevant official or official of the specially authorized body.

Supposing the first two approaches have the right to exist, although in our opinion, in the meantime, one must base on the moment of recording the minutes on committing an offense connected with corruption (since this is precisely this moment clearly stated in the rules of CUAO), the third is fairly criticized (Zahorska, 2017) in respect of the constitutional norm that a person is not accountable for refusing to testify or explain conduct of his or her family members or close relatives, the circle of which is determined by law (art. 63 of the Constitution of Ukraine).

Since the fact of committing (detecting) an offense is recorded, in most cases it is precisely the clear and objective statement of all the circumstances of the case record, that defines whether the person will be brought to administrative liability. CUAO does not contain provisions for a situation in which the minutes does not contain certain information or certain errors are made. In his letter, the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases (hereinafter – the HSCU) drew the attention of judges to the practical aspects of bringing to administrative liability for certain offenses related to corruption, and noted that in the case when the record was performed by a not authorized person or without observance of the requirements established by art. 256 CUAO, the judge is obliged by his decision to return the record to the appropriate law-enforcement body (specially authorized anti-corruption party, who has made the record) for proper registration (High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases, 2017). At the same time, the resolution on sending a protocol on an administrative offense related to corruption, for proper registration (elimination of deficiencies) is not subject to appeal. In our opinion, this position of the HSCU does not comply with the provisions of the CUAO, since the law has been violated as an element of the rule of law.

3. Guarantees of a fair court in bringing a person to administrative liability for corruption offenses

When bringing a person to administrative liability, the guarantees of a fair court as a right established in art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter – the Convention) (Council of Europe, Verkhovna Rada of Ukraine, 1998) have to be preserved. The essence of the right to a fair trial is to combine the two categories – fairness and justice. Considering cases of administrative offenses, the court also carries out justice. The scope of the outlined

law is defined in paragraph 1 of art. 6 of the Convention: “Everyone has the right to a fair and public hearing of his case within a reasonable time by an independent and impartial judgment established by law which resolves a dispute over his rights and obligations of a civil nature, or establishes the validity of any criminal charge against him”. The analysis of this provision makes it possible to find out the range of objects, judicial protection which should take place with the observance of the requirements of a fair trial. Such objects are the rights and duties of a civil character, as well as human rights in the criminal prosecution.

The European Court of Human Rights extends its own “autonomous” vision of the concept of “criminal prosecution” including certain administrative offenses to criminal ones. This approach necessitates the extension of the guarantees provided for in art. 6 of the Convention, to administrative offenses proceedings. Since, in accordance with the Law of Ukraine “On the Enforcement of Judgments and the Practice of the European Court of Human Rights” (Verkhovna Rada of Ukraine, 2006), courts apply the Convention and the case-law of the Court as a source of law, the ECHR’s position on understanding the right to a fair trial must be taken into account by courts when bringing a person to administrative responsibility.

It should be noted that the right to a fair trial is insured by art. 6 of the Convention, containing guarantees, which can be grouped as follows: 1) those which favor the possibility of a judicial hearing of a case, in particular, the formation of a court on the basis of law, the independence and impartiality of the court; 2) those that contribute to the effective judicial protection of the individual – the fairness of the trial; publicity of cases; a reasonable time limit for hearing cases; the presumption of innocence of a person held to administrative liability; the right to protection; possibility to appeal against court decisions.

Guarantees of fair trial are of particular relevance in today’s context, when, according to the Chairman of the Council of Judges, 22 courts are not operating in Ukraine in August 2018 (strana.ua/news). The question naturally arises as to how, in such territories, where there are no judges empowered to administer justice, to ensure the principle of accessibility of justice, the right of a person, in particular, to judicial protection. Particular procedural laws contain rules governing the transfer of relevant categories of cases to another court, if there are grounds for doing so. The Code of Administrative Offenses does not give any reason or even the possibility of solving problems of subordinations¹.

Analyzing the provisions of art. 276 of the Code of Administrative Offenses, it can be noted that, as a general rule, the case should be considered at the place of the offense. According to the Code of Administrative Offenses, there are no legal grounds for changing the place of administrative offense case consideration (except when the rules stipulate alternative jurisdiction and the person has made a request for case consideration at the place of residence or registration of the vehicle). The competent court in cases of administrative

¹ Since the Code of Administrative Offenses of the bodies authorized to consider cases of administrative offenses refers to both judicial and other public authorities, local self-government bodies, the characteristic term for this type of proceedings is “subordination”. However, if these are only court cases, the term “jurisdiction”, which is not used in the Administrative Code, may apply to them.

offenses related to corruption will be the court, which has the right to consider cases of offenses within its jurisdiction, that is, subject and territorial jurisdiction, since such rules are provided by the provisions of the CUAO for election of a body to consider cases of administrative offenses. However, if we analyze the practice of courts in which judges cannot administer justice for objective reasons (for example, the expiry of a 5-year term of office or reaching the age of 65), it should be noted that judicial authorities have ruled in the proceedings on administrative offenses concerning referral of cases for trial to the territorial nearest court of first instance (resolution of the Court of Appeal of Dnipropetrovsk region of June 21, 2016 in Case № 33/774/346/16 (Court of Appeal of Dnipropetrovsk region, 2016a), resolution of the Court of Appeal Cherkasy region of June 13, 2016 in case № 710/649/16-p (Court of Appeal Cherkasy region, 2016), resolution of the Court of Appeal of Kyiv region of October 18, 2017 in case № 374/161/17 (Court of Appeal of Kyiv region, 2017)). Thus, the decision of the Court of Appeal of Cherkasy region states that “all judges of the Shpola District Court of Cherkasy region today have procedural obstacles to the administration of justice. Despite the fact that the solution of this issue is not sufficiently settled by the current Code of Administrative Offenses, in particular, art. 257, 276 of CUAO, its final solution is possible by applying the provisions of part 1 of art. 33 and item 2 of part 1 of art. 34 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, according to which the aforementioned administrative offense case may and must be referred to another local court, since it is not possible to form a court composition in the Shpola district court”. In another case, the Court of Appeal of Dnipropetrovsk region, considering the complaint of the prosecutor against the decision of the Petrykivka District Court to send materials on an administrative offense to a competent court, noted that the appeal of the prosecutor is well-founded, which is explained by the necessity of ensuring the consideration of the case in compliance with the art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, since it is currently impossible to create a new court in the Magdalinivka District Court of Dnipropetrovsk, as three judges of that court have expired office service and one judge has reached the age of 65 (Court of Appeal of Dnipropetrovsk region, 2016b).

In our view, the position set out in the court’s rulings on the change of jurisdiction in administrative cases is disputable. In addition, these resolutions were not adopted due to the need to comply with art. 6 of the Convention, but contrary to the right to a fair trial of a person held to administrative liability. It seems unclear how the need to comply with art. 6 of the Convention relates to a violation of the prosecution proceedings and to the right to a fair trial of a person brought to administrative responsibility. Apparently, the accessibility to justice does not manifest itself in the conviction of a person in any case, even with a violation of law. Ignoring the rules of subordination (jurisdiction), especially in cases involving enforcement of coercive measures, is a material violation of that person’s rights and is in no way consistent with the ECHR’s international practice. There is therefore every reason to challenge such court decisions, including appealing to the ECHR on such basis.

4. Attorney’s involvement in administrative cases related to corruption

Another problem that requires legislative regulation or the development of a single court practice is the requirement of the Administrative Code for mandatory involvement of the prosecutor in corruption cases (art. 250 of the CUAO). However, the prosecutor

does not have the right to challenge the decision on these cases, since according to part 5 of art. 7 of the Code of Administrative Offenses, the prosecutor supervises the observance of laws in the application of measures of influence for administrative offenses by exercising the powers to supervise the observance of laws in the application of compulsory measures related to the restriction of personal freedom of citizens. Charges for corruption offenses do not limit the personal liberty of citizens, and thus the involvement of the prosecutor in such cases is purely formal. Moreover, the prosecutor today is deprived even of the opportunity to draw up reports on such cases. Taking part in these cases, the prosecutor has the right: to get information of the case files; to check the lawfulness of the actions of bodies (officials) during the proceedings; to participate in the hearing of the case; to petition; to give conclusions on issues that arise during the hearing of the case; to check the correctness of influence measures and their application for administrative offenses by the appropriate authorities (officials), as well as to take other actions provided by law. It is still not clear how he can verify the correctness of the impact measures without the right to appeal. Court of Appeal jurisprudence indicates that individual courts accept appeals by prosecutors, despite the fact that such a possibility is not provided for by current legislation. In such situations, the courts should be guided solely by the current legislation of Ukraine and not accept such appeals for consideration, and in turn, the legislator should decide for himself whether surveillance of the prosecutor's office in cases of corruption offenses is necessary and amend accordingly to the law.

5. Conclusions

Legality as an element of the rule of law requires that a representative of the authorities, when conducting proceedings in administrative offenses, acts on the basis, in the manner and within the powers provided for by the Constitution and laws of Ukraine including imposition of the penalties, which are enshrined in the relevant article of the Special part of the Code of Ukraine on Administrative Offenses. The standpoint of the legislator towards judgment on the deprivation of the right to hold specific posts or engage in certain activities for the term from six months to one year regardless of whether it is provided in the penal part of the article (penal part of the article's paragraph) of the special part of the Code of Ukraine on Administrative Offenses contradicts the general fundamentals of legal liability, in particular, imposition of the penalties within the limits prescribed by the penal part of the article. Furthermore, the CUAO provides an option to impose penalties in the form of fine with forfeiture of proceeds or rewards and to deprive of the right to hold specific posts or engage in certain activities which is not in line with part 2 of art. 25 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses according to which a person shall subject to the basic or basic and additional penalty for one administrative offence.

Norms of the Code of Ukraine on Administrative Offenses do not allow ensuring the right to a fair trial fully of a person who is held to administrative liability for corruption-related offenses fully. Thus, it seems expedient to develop and adopt the law on amendments to the Code of Ukraine on Administrative Offenses and its new revised version which would take into account the European Court of Human Rights practice, including in the cases on corruption-related offences.

Recommendation Rec(2004)5 of the Committee of Ministers on the verification of the compatibility of draft laws, existing laws and administrative practice with

the standards laid down in the European Convention on Human Rights dated May 12, 2004, which provides the need to test the laws and administrative practice after adoption of a new decision by the European Court of Justice against another member state of the Council of Europe, encourages to the actions.

The lack of a legislative interpretation of the term “individual freedom” neutralizes the idea of prosecution’s supervision in corruption-related cases as it deprives the prosecutor of the opportunity to appeal against the judgment: the penalties for such offenses don’t restrict the individual freedom of a person. According to art. 5 of the Convention, exclusively administrative arrest can be considered as a measure abridging the individual freedom.

Bibliography:

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X / Верховна Рада Української РСР. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.
2. Постанова Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області від 9 серпня 2016 р. у справі № 303/4478/16-п / Мукачівський міськрайонний суд Закарпатської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59580742>.
3. Постанова Печерського районного суду міста Києва від 18 травня 2016 р. у справі № 757/16965/16-п / Печерський районний суд міста Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62087756>.
4. Хорошак Н.В. Адміністративні стягнення та їх застосування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право». Київ, 2003. 15 с.
5. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
6. Постанова Миколаївського районного суду Одеської області від 23 серпня 2018 р. у справі № 508/760/18 / Миколаївський районний суд Одеської області. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76433216#>.
7. Постанова Великоновосілківського районного суду Донецької області від 17 серпня 2018 р. у справі № 220/1486/18 / Великоновосілківський районний суд Донецької області. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75927179/>.
8. Ігнатенко О.П. Удосконалення механізмів притягнення окремих категорій винних осіб до адміністративної відповідальності у сфері благоустрою населених пунктів. *Інвестиції: практика та досвід*. 2015. № 1. С. 126–129. URL: http://www.investplan.com.ua/pdf/1_2015/28.pdf.
9. Лук’янець Д.М. Розвиток інституту адміністративної відповідальності: концептуальні засади та проблеми правореалізації : дис. ... докт. юрид. наук. Київ, 2010. 405 с.
10. Коваль Л.В. Адміністративне право України : курс лекцій. Київ : Основа, 1994. 154 с.
11. Городиський М.І. Адміністративна відповідальність в Україні : навчальний посібник. Харків : Університет внутрішніх справ, 1998. 78 с.
12. Загорська О.І. Темпоральні особливості притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення, пов’язані з корупцією. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2017. № 2(14). С. 68–75. URL: <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/chasopys/ua/pdf/2-2017/zagorska.pdf>.
13. Щодо притягнення до адміністративної відповідальності за окремі правопорушення, пов’язані з корупцією : інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з

розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 травня 2017 р. № 223-943/0/4-17 / Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. URL: https://zib.com.ua/files/Golovam_apeliacijnih_sudiv_vid_2205_2017.pdf.

14. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний документ Ради Європи від 4 листопада 1950 р. (ратифікований Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР) / Рада Європи, Верховна Рада України. *Офіційний вісник України*. 1998. № 13. С. 270.

15. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

16. Из-за отсутствия судей в Украине не работают 22 суда. *Страна.ua*. 2018. 13 августа. URL: <https://strana.ua/news/155866-v-ukraine-ne-rabotaet-dva-desjatka-sudov-iz-za-otsustvija-sudej.html>.

17. Постанова Апеляційного суду Дніпропетровської області від 21 червня 2016 р. у справі № 33/774/346/16 / Апеляційний суд Дніпропетровської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58480422>.

18. Постанова Апеляційного суду Черкаської області від 13 червня 2016 р. у справі № 710/649/16-п / Апеляційний суд Черкаської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58279344>.

19. Постанова Апеляційного суду Київської області від 18 жовтня 2017 р. у справі № 374/161/17 / Апеляційний суд Київської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69597068>.

20. Постанова Апеляційного суду Дніпропетровської області від 5 серпня 2016 р. у справі № 179/301/16-п / Апеляційний суд Дніпропетровської області. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59527762>.

References:

1. Verkhovna Rada of the Ukrainian SSR (1984). Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia: Zakon Ukrainy vid 7 hrudnia 1984 r. № 8073-X [Code of Administrative Offenses: Law of Ukraine of December 7, 1984 № 8073-X]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy RSR*, appendix to no. 51, art. 1122 [in Ukrainian].

2. Mukachevo City District Court of Zakarpattia region (2016). Postanova Mukachivskoho miskraionnoho sudu Zakarpatskoi oblasti vid 9 serpnia 2016 r. u spravi № 303/4478/16-п [Resolution of the Mukachevo City District Court of Transcarpathian Region of August 9, 2016 in case № 303/4478/16-п]. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59580742> [in Ukrainian].

3. Pechersk District Court of Kyiv (2016). Postanova Pecherskoho raionnoho sudu mista Kyieva vid 18 travnia 2016 r. u spravi № 757/16965/16-п [Resolution of the Pechersk District Court of Kyiv of May 18, 2016 in case № 757/16965/16-п]. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62087756> [in Ukrainian].

4. Khoroshchak, N.V. (2003). Administratyvni stiahnennia ta yikh zastosuvannia [Administrative penalties and their application] (Extended abstract of candidate's thesis). Kyiv [in Ukrainian].

5. Verkhovna Rada of Ukraine (1996). Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28 chervnia 1996 r. № 254/96-ВР [Constitution of Ukraine: Law of Ukraine of June 28, 1996 № 254/96-ВР]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, no. 30, art. 14 [in Ukrainian].

6. Mykolaiv District Court of Odessa region (2018). Postanova Mykolaiivskoho raionnoho sudu Odeskoi oblasti vid 23 serpnia 2018 r. u spravi № 508/760/18 [Resolution of the Mykolaiv

District Court of Odessa region of August 23, 2018 in case № 508/760/18]. Retrieved from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76433216#> [in Ukrainian].

7. Velikonoselkovsky District Court of Donetsk region (2018). Postanova Velykonosilkovskoho raionnoho sudu Donetskoï oblasti vid 17 serpnia 2018 r. u spravi № 220/1486/18 [Resolution of the Velikonoselkovsky District Court of Donetsk region of August 17, 2018 in case № 220/1486/18]. Retrieved from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75927179/> [in Ukrainian].

8. Ihnatenko, O.P. (2015). Udoskonalennia mekhanizmv prytiakhennia okremykh katehoriï vynykh osib do administratyvnoi vidpovidalnosti u sferi blahoustroiu naselenykh punktiv [Improvement of mechanisms for bringing certain categories of perpetrators to administrative responsibility in the sphere of settlements improvement]. *Investytsii: praktyka ta dosvid*, no. 1, pp. 126–129. Retrieved from: http://www.investplan.com.ua/pdf/1_2015/28.pdf [in Ukrainian].

9. Lukianets, D.M. (2010). Rozvytok instytutu administratyvnoi vidpovidalnosti: kontseptualni zasady ta problemy pravorealizatsii [Development of the institute of administrative responsibility: conceptual foundations and problems of right implementation] (Doctor's thesis). Kyiv [in Ukrainian].

10. Koval, L.V. (1994). Administratyvne pravo Ukrainy: kurs lektsii [Administrative law of Ukraine: course of lectures]. Kyiv: Osnova [in Ukrainian].

11. Horodyskyi, M.I. (1998). Administratyvna vidpovidalnist v Ukraini: navchalnyi posibnyk [Administrative responsibility in Ukraine: a textbook]. Kharkiv: Universytet vnutrishnikh sprav [in Ukrainian].

12. Zahorska, O.I. (2017). Temporalni osoblyvosti prytiakhennia do administratyvnoi vidpovidalnosti za pravoporushennia, poviazani z koruptsiieiu [Temporal features of administrative proceedings for corruption offenses]. *Naukovyi chasopys Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy*, no. 2(14), pp. 68–75. Retrieved from: <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/chasopys/ua/pdf/2-2017/zahorska.pdf> [in Ukrainian].

13. High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases (2017). Shchodo prytiakhennia do administratyvnoi vidpovidalnosti za okremi pravoporushennia, poviazani z koruptsiieiu: informatsiinyi lyst Vyshehoho spetsializovanoho sudu Ukrainy z rozghliadu tsyvilnykh i kryminalnykh sprav vid 22 travnia 2017 r. № 223-943/0/4-17 [On administrative liability for certain corruption-related offenses: information sheet of the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases of May 22, 2017 № 223-943/0/4-17]. Retrieved from: https://zib.com.ua/files/Golovam_apeliacijnih_sudiv_vid_2205_2017.pdf [in Ukrainian].

14. Council of Europe, Verkhovna Rada of Ukraine (1998). Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod: mizhnarodnyi dokument Rady Yevropy vid 4 lystopada 1950 r. (ratyfikovanyi Zakonom Ukrainy vid 17 lypnia 1997 r. № 475/97-BP) [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: International Council of Europe Document of 4 November 1950 (ratified by Law № 475/97-BP of 17 July 1997)]. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*, no. 13, pp. 270 [in Ukrainian].

15. Verkhovna Rada of Ukraine (2006). Pro vykonannia rishen ta zastosuvannia praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny: Zakon Ukrainy vid 23 liutoho 2006 r. № 3477-IV [On the enforcement of judgments and the practice of the European Court of Human Rights: Law of Ukraine of February 23, 2006 № 3477-IV]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, no. 30, art. 260 [in Ukrainian].

16. Strana.ua (2018). Iz-za otsutstviiia sudei v Ukraine ne rabotaiut 22 suda [Due to the lack of judges, 22 courts do not work in Ukraine]. Retrieved from: <https://strana.ua/news/155866-v-ukraine-ne-rabotaet-dva-desjatka-sudov-iz-za-otsutstvija-sudej.html> [in Russian].

17. Court of Appeal of Dnipropetrovsk region (2016a). Postanova Apeliatsiinoho sudu Dnipropetrovskoi oblasti vid 21 chervnia 2016 r. u spravi № 33/774/346/16 [Resolution of the Court of Appeal of Dnipropetrovsk region of June 21, 2016 in Case № 33/774/346/16]. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58480422> [in Ukrainian].

18. Court of Appeal of Cherkasy region (2016). Postanova Apeliatsiinoho sudu Cherkaskoi oblasti vid 13 chervnia 2016 r. u spravi № 710/649/16-п [Decision of the Court of Appeal of Cherkasy region of June 13, 2016 in Case № 710/649/16-п]. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58279344> [in Ukrainian].

19. Court of Appeal of Kyiv region (2017). Postanova Apeliatsiinoho sudu Kyivskoi oblasti vid 18 zhovtnia 2017 r. u spravi № 374/161/17 [Resolution of the Court of Appeal of Kyiv region of October 18, 2017 in Case № 374/161/17]. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69597068> [in Ukrainian].

20. Court of Appeal of Dnipropetrovsk region (2016b). Postanova Apeliatsiinoho sudu Dnipropetrovskoi oblasti vid 5 serpnia 2016 r. u spravi № 179/301/16-п [Resolution of the Court of Appeal of Dnipropetrovsk region of August 5, 2016 in Case № 179/301/16-п]. Retrieved from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59527762> [in Ukrainian].

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ ПІД ЧАС ПРИТЯГНЕННЯ ДО АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З КОРУПЦІЄЮ

Ірина Бойко,

доцент кафедри адміністративного права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук

orcid.org/0000-0003-3878-5985

ir_boiko@ukr.net

Ольга Соловійова,

доцент кафедри адміністративного права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

кандидат юридичних наук,

orcid.org/0000-0003-3801-9113

o.m.soloviova@gmail.com

Корупція залишається однією з найбільших політичних і соціально-економічних проблем України, що перешкоджає розбудові держави й громадянського суспільства, поглиблює суспільні кризові явища та загалом підриває імідж України на світовій арені. Розроблення й запровадження заходів антикорупційного спрямування, особливо юридичної відповідальності, на практиці вимагає чіткого дотримання процедури їх застосування з метою недопущення порушення прав осіб, яких вони стосуються. Ідеться про забезпечення балансу між невідворотністю покарання особи, яка вчинила правопорушення, пов'язане з корупцією, та її правами й свободами, що гарантовані чинним законодавством.

Мета статті полягає в дослідженні проблем правового регулювання провадження у справах про притягнення до відповідальності за порушення, пов'язані з корупцією, та формуванні пропозицій щодо їх вирішення. Досягнення сформульованої мети здійснюється за допомогою комплексного та послідовного застосування відповідного наукового інструментарію, представленого такими

методами наукового пізнання, як логіко-семантичний, системний, структурно-логічний, методи аналізу та синтезу тощо.

Результати. У статті проаналізовано питання притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією. Виявлено прогалини у правовому регулюванні відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією, запропоновано шляхи вирішення окреслених проблем. Акцентовано увагу на необхідності дотримання гарантій справедливого суду в разі притягнення особи до адміністративної відповідальності за правопорушення, пов'язані з корупцією.

Висновки. Оскільки норми Кодексу України про адміністративні правопорушення не дають змогу повною мірою забезпечити особі право на справедливий суд, актуальною постає необхідність розроблення та прийняття закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення або нової його редакції, у якій було би враховано практику Європейського суду з прав людини у справах про правопорушення, пов'язані з корупцією.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, правопорушення, пов'язані з корупцією, гарантії прав людини, право на справедливий суд.

THE ROLE OF DOMESTIC AUTHORITIES IN EFFECTIVE APPLICATION OF ADVISORY OPINION PROCEDURE UNDER THE PROTOCOL № 16 TO THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

The purpose of the article is to underline that the comprehensive implementation of the Protocol № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms depends on the appropriate efforts of the member States. Both the parliaments and the highest courts of the member States should take certain measures to achieve the goals persuaded by the Protocol. Thus, it is important to examine the risks of the Protocol's implementation to find out what specific activity should be performed by the member States to minimize problems and provide for maximum benefits.

In particular, advisory opinions are not binding, so the opinion of the European Court of Human Rights may be ignored; it can lead to delays in the proceedings before the domestic courts themselves; there is a risk that it might generate additional workload for the Court. However, the risks can be managed and in the end the advantages of advisory opinion procedure's application outweigh its disadvantages.

The article involves some important recommendations for domestic parliaments to establish sufficient procedural rules and judicial bodies to make requests in proper manner. It is also argued that domestic parliaments should inter alia establish effective mechanisms of applying for advisory opinion by domestic courts and requests by domestic courts and tribunals should be based on appropriate guidelines and explanations. Sited recommendations are of great importance for Post-Soviet countries to apply the Protocol more correctly and widely.

As the international experience of requesting for advisory opinion is quite poor, it makes examples of it even more significant. So, the article also introduces two sample cases of requesting for advisory opinion made by the French Court of Cassation and the Constitutional Court of Armenia accordingly. Getting acquainted with the content and the purposes of this experience will maintain the level of application of advisory opinion procedure.

Key words: request, domestic parliaments, domestic courts or tribunals, recommendations, procedural rules.

Zarikyan Karen Barseghi,
*Lecturer at Russian-
Armenian University,
Judge of the Administrative
Court of Republic
of Armenia,
PhD in Law
orcid.org/0000-0001-8849-7979
karenzarikyan@gmail.com*

1. Introduction

On behalf of the member States of the Council of Europe and other High Contracting Parties to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950 (hereinafter referred to as “the Convention”), considering that the extension of the European Court’s of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”) competence to give advisory opinions will further enhance the interaction between the Court and national authorities and thereby reinforce implementation of the Convention, the Protocol № 16 to the Convention (hereinafter referred to as “the Protocol”) (Council of Europe, 2013c) has been adopted at Stratsbourg on 2 October 2013. According to the Article 1 of the Protocol the Highest courts and tribunals of High Contracting Parties may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto. According to the Opinion № 285 (2013) adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 28 June 2013, the Protocol is likely to: (1) strengthen the link between the Court and States’ highest courts by creating a platform for judicial dialogue, thereby facilitating the application of the Court’s case law by national courts; (2) help shift, from *ex post* to *ex ante*, the resolution of a number of questions of interpretation of the Convention’s provisions in the domestic forum, saving – in the long run – the valuable resources of the Court; the speedier resolution of similar cases on the domestic plane will also reinforce the principle of subsidiarity (Council of Europe, 2013a). The Protocol is in force for number of the member States of the Council of Europe, including some Post-Soviet States (Armenia, Estonia, Georgia, Lithuania, Ukraine), as of 1 September 2019 (European Court of Human Rights, 2017a).

The Court’s advisory opinions should obviously help the member States to interpret and apply the Convention more effectively and protect human rights more sufficiently. Having in mind the rules given by the Court in its advisory opinions, the highest courts and tribunals of the member States would gain unprecedented opportunity to decide on the case pending before them in accordance with the Convention and avoid future possible violations of the Convention.

As the Court mentioned in its Opinion for the Izmir Conference adopted on 4 April 2011 (Council of Europe,

2011), the idea of allowing national courts to seek advisory opinions aimed at reinforcing domestic implementation of the Convention in accordance with the principle of subsidiarity (European Court of Human Rights, 2013: para. 2). Moreover, it has been argued in the Wise Persons' Report of 2006 that an extended advisory jurisdiction would enhance the Court's "constitutional" role (Council of Europe, 2007: § 81). Advisory opinions provide an opportunity to develop the underlying principles of law in a manner that will speak to the legal systems of all the Contracting Parties (O'Boyle, 2010: 11–12). They may therefore be of comparable significance to the Court's leading judgments and foster a harmonious interpretation of the minimum standards set by the Convention rights and thus an effective protection of human rights throughout the Contracting States (European Court of Human Rights, 2013: para. 5).

Extending the Court's advisory jurisdiction so as to allow domestic courts of last instance to obtain an advisory opinion from the Court on questions concerning the interpretation of the Convention could serve to create an institutionalised dialogue between these domestic courts and the Court (Council of Europe, 2007: § 81). They would provide an occasion to have a discussion on essential questions concerning the interpretation of the Convention in a possibly larger judicial forum (European Court of Human Rights, 2013: para. 5). They could complement the existing pilot-judgment procedure (Rule 61 of the Rules of Court) – without necessarily being limited to cases revealing structural or systemic problems in a Contracting State¹. The procedure would thus allow the Court to adopt a larger number of rulings on questions of principle and to set clearer standards for human rights protection in Europe (European Court of Human Rights, 2013: para. 5).

An advisory opinion procedure could also serve to avoid controversies between domestic courts and the Court. As it would be for the domestic courts of last instance to implement the Court's advisory opinions, such a procedure could diminish any national susceptibilities with regard to the Court's case-law².

However, there can be reasonable doubts that the Protocol's application may also cause negative effects. Firstly, according to the Article 5 of the Protocol advisory opinions are not binding, so the Court's opinion may be ignored; secondly, it can lead to delays in the proceedings before the domestic courts themselves; thirdly, there is a risk that it might generate additional workload for the Court.

The aim of this article is to underline that the comprehensive implementation of the Protocol depends on the appropriate efforts of the member States. As expressed in the Opinion of the Court for the Izmir Conference, an implementation of the Convention by the domestic courts in that manner (using advisory opinions) would further emphasise their crucial role in applying the Convention and thus reinforce the principle of subsidiarity³. An advisory opinion procedure would therefore fully be in line with

¹ See the report presented by the Norwegian and Dutch experts to the DH-S-GDR (European Court of Human Rights, 2013: para. 5).

² See also the report of the Norwegian and Dutch experts to the DH-S-GDR (European Court of Human Rights, 2013: para. 6).

³ See Opinion of the Court for the Izmir Conference, adopted by the Plenary Court on 4 April 2011 (doc. № 3484768) and the report presented by the Norwegian and Dutch experts to the DH-S-GDR (European Court of Human Rights, 2013: para. 9).

the Action Plan agreed upon in the Interlaken Declaration of 19 February 2010, in which the Conference stressed the joint responsibility of the State Parties and the Court in securing the rights set forth in the Convention. It pointed out that it was first and foremost the responsibility of the States to guarantee the implementation of the Convention rights (Council of Europe, 2010: § 4, 9). Having regard to the Court's current workload, a reinforcement of the national courts' role in applying the Convention is of the utmost importance and all tools working towards that end should be seriously examined (European Court of Human Rights, 2013: para. 9).

Both the parliaments and the highest courts of the member States should take certain measures to achieve the goals persuaded by the Protocol. I believe that the authorities of the member States overcome the risks mentioned above if their actions are in accordance with the aims of the Protocol, its guidelines and explanations. Thus, the risks of the Protocol's implementation should be carefully examined to find out what specific activity should be performed by the member States to minimize problems and provide for maximum benefits.

The advisory opinion under the Protocol is of special importance for Post-Soviet states. In most of cases pending against these states the Court finds violations of conventional rights⁴. Our countries are still in transition period from socialism to democracy and the role of the Convention and the Court are of great importance in stimulating democratic processes. So the Protocol's proper implementation may help these countries overcome transition period due to extension of the democratic mechanisms and faults reduction.

2. Non-binding character of advisory opinions

According to the Article 5 of the Protocol advisory opinions are not binding. Moreover, the fact that the Court has delivered an advisory opinion on a question arising in the context of a case pending before a domestic court would not prevent a party to that case subsequently exercising their right of individual application, i.e. they could still bring the case before the Court (Council of Europe, 2013b: para. 26). Thus, someone may consider that domestic courts will not follow a non-binding advisory opinion.

Advisory opinions, like other rulings of the Court (judgments and decisions), provide an authoritative statement by the Court on the standard of protection of the rights and freedoms guaranteed by the Convention (Paprocka, Ziółkowski, 2015: 290). Such a standard should be taken into account in the process of interpretation of the law by courts or tribunals within the scope of their competence⁵. It can be argued that the obligation to consider the opinions, to prevent violations of individual rights or interrupt existing

⁴ For example, as of 2018, from 103 cases pending against Armenia in 94 the Court found at least one violation; from 157 cases pending against Azerbaijan in 151 the Court found at least one violation; from 90 cases pending against Georgia in 70 the Court found at least one violation; from 1304 cases pending against Ukraine in 1274 the Court found at least one violation (European Court of Human Rights, 2018).

⁵ For more in the context of the ECtHR's judgments, see Polish Constitutional Tribunal judgment of 15 July 2010, case K 63/07, OTK ZU/3/A/2010/60; Polish Constitutional Tribunal judgment of 3 March 2005, case P 8/03, OTK ZU/3/A/2005/20 (Gerards, 2014; Paprocka, Ziółkowski, 2015: 290). For more on different aspects of being bound by Strasbourg standards, see also (Krzyżanowska-Mierzevska, 2008).

violations, and the obligation not to challenge the interpretation adopted by the Court are exemplifications of the positive realisation of Article 1 of the Convention as well as the obligation to respect the Court's authority (Bodnar, 2014; Paprocka, Ziółkowski, 2015: 292). These obligations apply to the same extent to requesting courts and tribunals and to other national authorities (Paprocka, 2012: 80–85; Paprocka, Ziółkowski, 2015: 292). In this view, the Court notably did not appear to run a real risk of its authority being questioned by a domestic court not following its advisory opinion (European Court of Human Rights, 2013: para. 7). It appeared rather unlikely that a domestic court asking for the Court's advice would subsequently not follow it⁶. After all, the fact that a domestic court applies for an advisory opinion stresses itself respect to the Court.

It should also be mentioned that domestic courts must bring serious reasons when deciding not to apply the Court's advisory opinion. Domestic parliaments may establish appropriate rules on this issue. Domestic courts should in turn bring weighty arguments on the fact of not applying the Court's advisory opinion in certain circumstances.

3. Delays of domestic proceedings

It is obvious that a request for an advisory opinion of the Court would lead to delays in the proceedings before the domestic courts themselves. Those in favour of the proposal countered that these delays should not be very significant and that the overall resolution of the specific case would not be delayed in cases which would otherwise be dealt with later by the Court anyway following an individual application⁷.

Moreover, requests for advisory opinions are treated by the Court as a matter of priority (European Court of Human Rights, 2016). Where a requesting court is of the view that a request warrants urgent consideration it should so inform the Court and give reasons for requesting an expedited procedure. Requesting courts should clearly indicate in the letter accompanying their request their wish that the matter be dealt with urgently. It is further recommended in Guidelines that the words "URGENT: PROTOCOL № 16" be inserted at the top of each page of the request (European Court of Human Rights, 2017a: para. 15). The Court will have regard to its own criteria governing the order in which applications lodged under Article 34 of the Convention are handled (European Court of Human Rights, 2017b).

Thus, domestic courts can avoid the delays in the proceedings before themselves in case they formulate their requests in accordance with the Guidelines' recommendations.

4. The Court's workload

One of the main concerns with regard to an extension of the Court's advisory jurisdiction is that, instead of leading to the intended decrease in the number of cases pending before the Court, it would increase the Court's workload⁸. It is clear that introducing a new procedure before the Court will lead to a new group of cases pending before it that would not otherwise be presented at that stage. In that context, it has to

⁶ See also the view presented by the Norwegian and Dutch experts to the DH-S-GDR (European Court of Human Rights, 2013: para. 7).

⁷ See for this argument the document presented by the Norwegian and Dutch experts to the DH-S-GDR (European Court of Human Rights, 2013: para. 11)

⁸ See also the report presented by the Norwegian and Dutch experts to the DH-S-GDR (European Court of Human Rights, 2013: para. 12).

be borne in mind that the Court, and in particular the Grand Chamber which may be called upon to decide on requests for advisory opinions, is already facing a very heavy workload (European Court of Human Rights, 2013: para. 13).

At the same time, by giving guidance concerning the interpretation of the Convention while cases are still pending before the domestic courts, the Court would allow cases – which may end up at the Court anyway – to be settled already at national level (European Court of Human Rights, 2013: para. 14). The Court could clarify issues relating to the interpretation of the Convention at an early stage and thereby anticipate and prevent a possibly large number of individual applications raising the same issue from being lodged with it (European Court of Human Rights, 2013: para. 14). Working in that manner, could, in sum and in a mid- or long-term perspective, help reduce the Court's workload, as was stressed notably in the Izmir Declaration (Council of Europe, 2011).

It is important that domestic courts apply for advisory opinions only if a serious issue concerning conventional rights has been risen before themselves and there is no obvious solution in the Court's case law. Advisory opinion procedure should not replace the authority of domestic courts to resolve the case themselves by applying the Court's case law.

5. Some other measures domestic parliaments should take

Domestic parliaments as legislation bodies carry the responsibility of making appropriate procedural rules to ease requesting process of advisory opinions. Without appropriate procedural rules domestic courts may face some difficulties in requesting for an advisory opinion. At the same time, these rules should be flexible and the courts should have discretion when deciding on the issue case-by-case.

It is important that the appropriate procedural rules should be based on the Guidelines. In particular, according to the Guidelines: “A designated court or tribunal may submit a request for an advisory opinion to the Court as soon as it finds that the domestic proceedings before it give rise to a question or questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto, and it considers that an opinion of the Court should be sought (Article 1 § 2 of the Protocol). Having regard to the various elements which go to make up a complete request, it is recommended that a request be lodged with the Court only after, in so far as relevant, the facts and legal issues, including issues of Convention law, have been identified. Depending on the position in domestic law, it may well be the case that one or both parties can take the initiative on this matter in their grounds of appeal against the decision of a lower court. In any event, the final decision on whether or not to request an advisory opinion rests with the appellate court or tribunal in so far as it has been designated a highest court or tribunal for the purposes of the Protocol” (European Court of Human Rights, 2017a: para. 10).

The Guidelines provide also for recommendations on the content of requests for an advisory opinion which is prescribed by Article 1 § 3 of Protocol № 16 and Rule 92 § 2.1 of Chapter X of the Rules of Court. Such a request must contain not only the question or questions on which the court or tribunal concerned seeks the guidance of the Court but also the following additional elements: (a) the subject matter of the domestic case and its relevant legal and factual background; (b) the relevant domestic legal provisions;

(c) the relevant Convention issues, in particular the rights or freedoms at stake; (d) if relevant, a summary of the arguments of the parties to the domestic proceedings on the question; (e) if possible and appropriate, a statement of the requesting court or tribunal's own views on the question, including any analysis it may itself have made of the question (European Court of Human Rights, 2017a: para. 12).

This recommendations should be implemented in the legislations of member States. It is mostly important especially for Post-Soviet states regarding some difficulties in application of the Convention.

Besides procedural rules domestic legislation bodies should also establish effective system of requiring advisory opinions. For instance, the fact that only high courts or tribunals can apply for an advisory opinion does not mean that other courts should not have a chance to resolve the case using the Court's opinion. Therefore, domestic parliaments should establish such judicial system where courts of lower instance may apply to appropriate court for requesting advisory opinion. It should be recommended that if a high court agrees with a court of a lower instance it applies to the Court for advisory opinion, if not - the case would be sent back to lower court. This kind of rules would make the Court's advisory opinion procedure more comprehensive, useful and preventing domestic courts from violation of human rights.

6. Mechanisms of applying for advisory opinion by domestic courts

Advisory opinions may have better effect if domestic courts request advisory opinions in proper manner. Besides appropriate legislation there should be practical skills of making requests. For developing such skills, the Guidelines and the Explanatory report (Council of Europe, 2013b) may be of great use. These Guidelines are intended to offer practical assistance on the initiation of and followup to the procedure set out in the Protocol to those courts or tribunals with competence to submit a request for an advisory opinion (European Court of Human Rights, 2017a: para. 1). The Explanatory report explains the reasoning behind this approach, namely limiting the number of courts empowered to avail themselves of the procedure, whilst leaving the Contracting Party a degree of flexibility to accommodate special features of its judicial system (Council of Europe, 2013b: para. 8).

In providing the relevant legal and factual background, the requesting court or tribunal should present the following: the subject matter of the domestic case and relevant findings of fact made during the domestic proceedings, or at least a summary of the relevant factual issues; the relevant domestic legal provisions; the relevant Convention issues, in particular the rights or freedoms at stake; if relevant, a summary of the arguments of the parties to the domestic proceedings on the question; if possible and appropriate, a statement of its own views on the question, including any analysis it may itself have made of the question (Council of Europe, 2013b: para. 12).

It is also important that the competent panel of the Court must give reasons for any refusal to accept a domestic court or tribunal's request for an advisory opinion, which is intended to reinforce dialogue between the Court and national judicial systems, including through clarification of the Court's interpretation of what is meant by "questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto" and that would

provide guidance to domestic courts and tribunals when considering whether to make a request and thereby help to deter inappropriate requests (Council of Europe, 2013b: para. 15).

Besides, domestic courts should be careful and apply to the Court for appropriate issues, linked to the interpretation and application of the Convention's rules.

The notion of "interpretation" can be understood in different ways (Zieliński, 2012: 48; Paprocka, Ziółkowski, 2015: 284; Senden, 2011: 7; Letsas, 2009). The request for an advisory opinion should be aimed at determining the scope of rights and freedoms guaranteed by the Convention, their content and permissible limitations (Paprocka, Ziółkowski, 2015: 284).

The notion of "application" under Article 1(1) of the Protocol should be understood as determining whether a particular type of case falls within the subjective, objective and temporal scope of the norm decoded from the Convention (Wróblewski et al., 1992); Paprocka, Ziółkowski, 2015: 285). A request for an advisory opinion cannot aim to transfer the dispute to the Court; the only aim can be to let the Court determine whether a particular right or freedom guaranteed by the Convention is applicable to the given category of factual circumstances identified by the national court (Paprocka, Ziółkowski, 2015: 285).

A question that can be the subject of an opinion must also be a question "of principle". Advisory opinions are supposed to facilitate the adjudication of individual cases pending before national courts and tribunals and serve as a tool for solving domestic problems which arise in the process of implementation of the standards of protection required by the Convention (European Court of Human Rights, 2013: para. 2). At the same time, the procedure for advisory opinions is supposed to contribute to the development of jurisprudence and enable clarification of issues which cause problems in several states-parties to the Convention (European Court of Human Rights, 2013: para. 30–31). Therefore the significance of the question raised in a request submitted under Article 1 of the Protocol should be assessed from both perspectives; one can assume that if the matter in question is important from one of those perspectives that should be enough to accept the request for examination by the Grand Chamber (Paprocka, Ziółkowski, 2015: 287).

7. Experience of requesting for advisory opinion

(A) The first request for an advisory opinion was introduced on 12 October 2018 by the French Court of Cassation. The Court of Cassation put the following questions to the Court:

"1. By refusing to enter in the register of births, marriages and deaths the details of the birth certificate of a child born abroad as the result of a gestational surrogacy arrangement, in so far as the certificate designates the "intended mother" as the "legal mother", while accepting registration in so far as the certificate designates the "intended father", who is the child's biological father, is a State Party overstepping its margin of appreciation under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms? In this connection should a distinction be drawn according to whether or not the child was conceived using the eggs of the "intended mother"?"

2. In the event of an answer in the affirmative to either of the two questions above, would the possibility for the intended mother to adopt the child of her spouse, the biological father, this being a means of establishing the legal mother-child relationship, ensure compliance with the requirements of Article 8 of the Convention?”

In response to the request for an advisory opinion made by the French Court of Cassation, on 10 April 2019 the Court delivered the following opinion.

In a situation where, as in the scenario outlined in the questions put by the Court of Cassation, a child was born abroad through a gestational surrogacy arrangement and was conceived using the gametes of the intended father and a third-party donor, and where the legal parent-child relationship with the intended father has been recognised in domestic law:

1) the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the “legal mother”;

2) the child’s right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used provided that the procedure laid down by domestic law ensures that it can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child’s best interests (European Court of Human Rights, 2019b).

(B) The Constitutional Court of Armenia brought a request for an advisory opinion on 18 July 2019 launching the following questions:

1) Do the qualitative requirements (certainty, accessibility, predictability and sustainability) incur also to the concept of “law”, which identifies an offence within the meaning of Article 7 of the Convention, and to the concept of “law” referred to in other articles of the Convention, for instance, in Articles 8–11?

2) If not, by what standards are they delineated?

3) Whether the criminal law, which contains a reference to certain legal provisions of legal acts that have a higher legal force and the highest possible legally binding power of abstraction and, by virtue of this, establishing an offence, meet the requirements of certainty, accessibility, predictability and sustainability?

4) In accordance with the principle of prohibition of the retroactive application of criminal law (part 1 of Article 7 of the Convention), which standards are provided for comparing the criminal law in force at the time of the commission of the offense and the amended criminal law, in order to disclose their contextual (essential) similarities or differences? (Constitutional Court of the Republic of Armenia, 2019a; Constitutional Court of the Republic of Armenia, 2019b)

The request for an advisory opinion was accepted by the Panel of the Grand Chamber on 2 October 2019 (European Court of Human Rights, 2019a). The requested advisory opinion has not been adopted yet.

8. Conclusions

To sum up, the article is aimed to reveal the importance of the advisory opinion procedure that is making the interpretation and application of the Convention more

effective and flawless. It becomes even more needed when it comes to countries that are eager to developing bases for rule of law.

Thus, the risks of the Protocol have been carefully studied to determine the measures domestic authorities should take to reach the goals of the Protocol. The article therefore involves some important recommendations for domestic parliaments to establish sufficient procedural rules and judicial bodies to make requests in proper manner. These recommendations are of great importance for Post-Soviet countries to apply the Protocol more correctly and widely.

As the international experience of requesting for advisory opinion is quite poor, it makes examples of it even more significant. That is why the article also introduces two sample cases of requesting for advisory opinion made by the French Court of Cassation and the Constitutional Court of Armenia accordingly. Getting acquainted with the content and the purposes of this experience will maintain the level of application of advisory opinion procedure. Based on the above I believe that this article must be regarded as the necessary step in researches made in this field.

Bibliography:

1. A request by the Constitutional Court of Armenia for an advisory opinion under Protocol № 16 has been accepted : Press Release issued by the Registrar of the Court on 11 October 2019, ECHR 343 (2019) / European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6534292-8633878&filename=Court%20accepts%20the%20Armenian%20Constitutional%20Court>.

2. Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation (Request № P16-2018-001), 10 April 2019 / European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6380464-8364383%22%5D%7D>}.

3. Amendments to the Rules of the Court adopted by the Plenary Court on 19 September 2016 (Rules 1, 24, 29, 34, 44 and 82, new Chapter X) / European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_amended_P16_ENG.pdf.

4. Bodnar A. Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for Other States Than Those Which Were Party to the Proceedings. *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* / Y. Haech, E. Brems (eds.). Dordrecht, 2014. P. 223–262.

5. Draft Protocol № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms : the Opinion № 285 (2013) adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 28 June 2013 / Council of Europe. URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=20015&lang=en>.

6. Explanatory Report to Protocol № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. / Council of Europe. Strasbourg, 2013. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf.

7. Gerards J. Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol № 16 to the European Convention on Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2014. Vol. 21. Issue 4. P. 633–636.

8. Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol № 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017) / European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.

9. Interlaken Declaration, adopted at the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights organised within the framework of the Swiss Chairmanship of the

Committee of Ministers of the Council of Europe in Interlaken, Switzerland, on 18–19 February 2010 / Council of Europe. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf.

10. Izmir Declaration, adopted at the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights organised within the framework of the Turkish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe in Izmir, Turkey, on 26–27 April 2011 / Council of Europe. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf.

11. Krzyżanowska-Mierzewska M. The Reception Process in Poland and Slovakia. *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* / H. Keller, A. Stone-Sweet (eds.). Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008. P. 543–548.

12. Letsas G. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford, 2009. 140 p.

13. O’Boyle M. The Convention system as a subsidiary source of law. *Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court’s Case law into National Law and Judicial Practice* : Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity, Skopje, 1–2 October 2010. Skopje, 2010. P. 10–15. URL: http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125_skopje.pdf.

14. On suspension of the proceedings of the case of conformity of article 300.1 of the Criminal Code of the Republic of Armenia with the Constitution on the basis of the applications of Robert Kocharyan : Decision of the Constitutional Court of the Republic of Armenia on 18 July 2019, PDCC-81 / Constitutional Court of the Republic of Armenia. URL: <http://concourt.am/english/decisions/working/pdf/2019/81.pdf>.

15. On suspension of the proceedings of the case of conformity of part 1 of article 300.1 of the Criminal Code of the Republic of Armenia with the Constitution on the basis of the application of the First Instance Court of General Jurisdiction of Yerevan : Decision of the Constitutional Court of the Republic of Armenia on 18 July 2019, PDCC-82 / Constitutional Court of the Republic of Armenia. URL: <http://concourt.am/english/decisions/working/pdf/2019/82.pdf>.

16. Paprocka A. Wpływ orzecznictwa ETPCz na rozumienie konstytucyjnych praw i wolności w Polsce – kilka uwag na marginesie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. *XV lat obowiązywania Konstytucji 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi* / M. Zubik (ed.). Warszawa : Wydawnictwo Sejmowe, 2012. S. 80–85.

17. Paprocka A., Ziółkowski M. Advisory opinions under Protocol № 16 to the European Convention on Human Rights. *European Constitutional Law Review*. 2015. Vol. 11. Issue 2. P. 274–292. DOI: 10.1017/S1574019615000176.

18. Protocol № 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms / Council of Europe. Strasbourg, 2013. URL: https://echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf.

19. Reflection paper on the proposal to extend the Court’s advisory jurisdiction (2013) / European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf.

20. Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers / Council of Europe. *International Legal Materials*. 2007. Vol. 46. Issue 1. P. 77–93. DOI: 10.1017/S002078290000615X.

21. Senden H.C.K. *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System*. Antwerp : Intersentia, 2011. 324 p.

22. The Court’s Priority Policy (2017) / European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf.

23. Violations by Article and by State / European Court of Human Rights. *HUDOC*. 2018. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf.

24. Zieliński M. *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*. Warszawa : Lexis Nexis, 2012. 360 s.

25. Wróblewski J., Bankowski Z., MacCormick N. The Judicial Application of Law. Boston : Kluwer Academic Publishers, 1992. 357 p.

References:

1. European Court of Human Rights (2019a). A request by the Constitutional Court of Armenia for an advisory opinion under Protocol № 16 has been accepted: Press Release issued by the Registrar of the Court on 11 October 2019, ECHR 343 (2019). Retrieved from: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6534292-8633878&file-name=Court%20accepts%20the%20Armenian%20Constitutional%20Court> [in English].
2. European Court of Human Rights (2019b). Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation (Request № P16-2018-001), 10 April 2019. Retrieved from: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22003-6380464-8364383%22>] [in English].
3. European Court of Human Rights (2016). Amendments to the Rules of the Court adopted by the Plenary Court on 19 September 2016 (Rules 1, 24, 29, 34, 44 and 82, new Chapter X). Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_amended_P16_ENG.pdf [in English].
4. Bodnar, A. (2014). Res Interpretata: Legal Effect of the European Court of Human Rights' Judgments for Other States Than Those Which Were Party to the Proceedings. *Haech, Y., Brems, E. (eds.) Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*. Dordrecht, pp. 223–262 [in English].
5. Council of Europe (2013a). Draft Protocol № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: the Opinion № 285 (2013) adopted by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on 28 June 2013. Retrieved from: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=20015&lang=en> [in English].
6. Council of Europe (2013b). Explanatory Report to Protocol № 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf [in English].
7. Gerards, J. (2014). Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol № 16 to the European Convention on Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, issue 4, pp. 633–636 [in English].
8. European Court of Human Rights (2017a). Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol № 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017). Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf [in English].
9. Council of Europe (2010). Interlaken Declaration, adopted at the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights organised within the framework of the Swiss Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe in Interlaken, Switzerland, on 18–19 February 2010. Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf [in English].
10. Council of Europe (2011). Izmir Declaration, adopted at the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights organised within the framework of the Turkish Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe in Izmir, Turkey, on 26–27 April 2011. Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf [in English].
11. Krzyżanowska-Mierzevska, M. (2008). The Reception Process in Poland and Slovakia. *Keller, H., Stone-Sweet, A. (eds.) A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*. Oxford; New York: Oxford University Press, pp. 543–548 [in English].

12. Letsas, G. (2009). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford [in English].

13. O'Boyle, M. (2010). The Convention system as a subsidiary source of law. *Strengthening Subsidiarity: Integrating the Strasbourg Court's Case law into National Law and Judicial Practice* (Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity, Skopje, 1–2 October 2010). Skopje, pp. 10–15. Retrieved from: http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125_skopje.pdf [in English].

14. Constitutional Court of the Republic of Armenia (2019a). On suspension of the proceedings of the case of conformity of article 300.1 of the Criminal Code of the Republic of Armenia with the Constitution on the basis of the applications of Robert Kocharyan: Decision of the Constitutional Court of the Republic of Armenia on 18 July 2019, PDCC-81. Retrieved from: <http://concourt.am/english/decisions/working/pdf/2019/81.pdf> [in English].

15. Constitutional Court of the Republic of Armenia (2019b). On suspension of the proceedings of the case of conformity of part 1 of article 300.1 of the Criminal Code of the Republic of Armenia with the Constitution on the basis of the application of the First Instance Court of General Jurisdiction of Yerevan: Decision of the Constitutional Court of the Republic of Armenia on 18 July 2019, PDCC-82. Retrieved from: <http://concourt.am/english/decisions/working/pdf/2019/82.pdf> [in English].

16. Paprocka, A. (2012). Wpływ orzecznictwa ETPCz na rozumienie konstytucyjnych praw i wolności w Polsce – kilka uwag na marginesie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego [The Influence of the ECtHR's Jurisprudence on the Understanding of Fundamental Rights in Poland: A Few Remarks Related to the Constitutional Tribunal's Case-Law]. *Zubik, M. (ed.). XV lat obowiązywania Konstytucji 1997 r. Księga jubileuszowa dedykowana Zdzisławowi Jaroszowi*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, pp. 80–85 [in Polish].

17. Paprocka, A., Ziółkowski, M. (2015). Advisory opinions under Protocol № 16 to the European Convention on Human Rights. *European Constitutional Law Review*, vol. 11, issue 2, pp. 274–292. DOI: 10.1017/S1574019615000176 [in English].

18. Council of Europe (2013c). Protocol № 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg. Retrieved from: https://echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf [in English].

19. European Court of Human Rights (2013). Reflection paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction. Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf [in English].

20. Council of Europe (2007). Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers. *International Legal Materials*, vol. 46, issue 1, pp. 77–93. DOI: 10.1017/S002078290000615X [in English].

21. Senden, H.C.K. (2011). *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System*. Antwerp: Intersentia [in English].

22. European Court of Human Rights (2017b). The Court's Priority Policy. Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf [in English].

23. European Court of Human Rights (2018). Violations by Article and by State. *HUDOC*. Retrieved from: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf [in English].

24. Zieliński, M. (2012). Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki [Interpretation of Law: Principles, Rules, Instructions]. Warszawa: Lexis Nexis [in Polish].

25. Wróblewski, J., Bankowski, Z., MacCormick, N. (1992). *The Judicial Application of Law*. Boston: Kluwer Academic Publishers [in English].

РОЛЬ ВНУТРІШНІХ ОРГАНІВ ВЛАДИ В ЕФЕКТИВНОМУ ЗАСТОСУВАННІ ПРОЦЕДУРИ НАДАННЯ КОНСУЛЬТАТИВНОГО ВИСНОВКУ ЗГІДНО З ПРОТОКОЛОМ № 16 ДО КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

Зарікян Карен Барсегі,

викладач Російсько-Вірменського університету,
суддя Адміністративного суду Республіки Вірменія,
кандидат юридичних наук

orcid.org/0000-0001-8849-7979
karenzarikyan@gmail.com

Метою статті є доведення факту, що всебічне виконання Протоколу № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод залежить від відповідних зусиль держав-членів. Як парламенти, так і верховні суди держав-членів повинні вжити певних заходів для досягнення цілей, зазначених у Протоколі № 16. Таким чином, важливо вивчити ризики впровадження Протоколу № 16, щоб з'ясувати, яку конкретну діяльність необхідно здійснити державам-членам для мінімізації проблем та забезпечення максимальної вигоди.

Зокрема, консультативні висновки не включають пропозиції, тому думка Європейського суду з прав людини може бути проігнорована; це може призвести до затримок у розгляді справ вітчизняними судами. Є ризик створення додаткового навантаження на Європейський суд з прав людини. Однак ризиками можна керувати. Зрештою, переваги застосування процедури надання консультативного висновку переважають над її недоліками.

Стаття містить важливі рекомендації для вітчизняних парламентів щодо встановлення достатньої кількості процесуальних норм і судових органів для належного внесення запитів. Автор також стверджує, що вітчизняні парламенти повинні, зокрема, встановлювати ефективні механізми подання запитів щодо надання консультативних висновків вітчизняними судами, а запити внутрішніх судів та трибуналів мають базуватися на відповідних вказівках і поясненнях. Зазначені рекомендації дуже важливі для пострадянських країн у плані правильного й широкого застосування Протоколу № 16.

Оскільки міжнародний досвід запитів щодо надання консультативного висновку є незначним, наявні практики стають дедалі вагомішими. У статті представлені дві вибіркові справи про запит щодо надання консультативного висновку, зроблений Касаційним судом Франції та Конституційним судом Вірменії. Ознайомлення зі змістом і цілями цього досвіду дасть змогу підтримувати рівень застосування процедури надання консультативного висновку.

Ключові слова: запит, вітчизняні парламенти, вітчизняні суди чи трибунали, рекомендації, процесуальні норми.

LIFE AS DAMAGE: COMPENSATION OF NON-PECUNIARY DAMAGE FOR STAYING ALIVE (THE INTERPRETATION OF CIVIL LAW IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION)

This article presents a decision of the German Federal Court of Justice dealing with the question, whether life can be considered as damage which entitles to claim compensation of non-pecuniary and pecuniary damage. The question concerns the case of a person, whose state of health does not permit any communication; this person was kept alive by medical treatment, even if the person suffered from many diseases and it was evident, that the treatment will only shift the dead ahead. The court referred to the Constitution, dealing with the question, whether life can be considered in civil law as a damage.

The decision and the background will be presented as well as the two previous decisions and a comparative description of the legal questions according German and Ukrainian Law. The purpose of article is to present a decision of the German Federal Court of Justice, which – as the Court states – deals with an unprecedented issue. Due to the fact, that situations, which were the background of the Court's decision have no national limits, it is worth to present this topic also for a professional public outside Germany.

The article is based on a method of comparative analysis of constitutional and civil law.

The presentation of a Court's decision and the comparative legal background has logically only the result of information for further discussion. However, the comparative presentation shows parallels on the level of the functions of rights and freedoms in a Constitution: they have the function to protect the individual against the interference of the state. But the rights and freedoms also create a system of values on the level of constitutional law which has to be considered in all spheres of national law – also in relations between private persons ruled by civil law.

Key words: life as damage, wrongful life, right to life, compensation of non-pecuniary damage, pecuniary damages, liability of doctor, medical treatment contract.

Kateryna Kravchenko,
*Lawyer of the first rank
of the Law Faculty
of Taras Shevchenko
National University of Kyiv
legal_j@i.ua*



Dr. iur. Bernhard Schloer,
*Lecturer, Chair on
Administrative Law
of the Law Faculty
of the Centre
of German Law
of Taras Shevchenko
National University of Kyiv
vewrmuc@gmail.com*

1. Introduction

This article deals with the decision of the German Federal Court of Justice on a claim based on civil law. The interesting aspect of this decision is the fact, that the court used arguments from Constitutional law as the core arguments for the decision. The decision will be presented, and the aspects of the Constitution using the Ukrainian Constitution will be explained. The justification for this approach is seen in the common character of the regulations of the German and the Ukrainian Constitutions and the method, how a Constitution has to be applied.

2. The background

In April 2019, the highest Federal Court of Justice on civil and criminal law, the Bundesgerichtshof, had decided on a claim for compensation of non-pecuniary and pecuniary damages, which concerned the treatment of a medical doctor (Federal Court of Justice, 2019). The core question was, whether a patient of a doctor receives damages, when he stays alive because of this medical doctor's treatment, even if it is evident, that the patient's life will definitely end soon.

This case can be compared with the case on unsuccessful abortions, when the question was raised, whether the child or the child with permanent health problems is a damage for the parents.

In spite of fact that compensation is a topic related to civil (private) law, these cases demonstrate the important role of a Constitution while applying civil law. Because life is in all modern Constitutions the most important value, a human being can dispose with; for example, the Ukrainian Constitution states in article 3, that the human being with the attributes life, health, honor and dignity is the highest value in the society, in article 27 the right to life and health is guaranteed; furthermore, according to article 27 part 1, 2nd sentence, the State has the obligation to protect life (Verkhovna Rada of Ukraine, 1996). If the Constitution states, that life is the highest value, it is consequent to make the assumption, that this qualification has to be respected also on the level of law beyond the Constitution, article 8 part 2 Constitution of Ukraine. This effect shall be presented with the example of the decision of the German civil court, because this court's arguments could also have formulated a civil court of Ukraine, see beyond IV. 2.

The plaintiff claims monetary compensation for non-pecuniary (non-material) damage due to improper life support

through artificial nutrition and material (pecuniary) damage in the form of treatment and care expenses from the defendant (doctor) for the period from 2010 to 2011.

The previous court instances are District Court of Munich (LG München) and Higher Regional Court of Munich (OLG München).

The case was initiated by the son of the patient, because he qualifies the treatment by the medical doctor as useless efforts to keep his father alive as it was from the professional point of view definitely clear that the father will die soon.

The father, born in 1929, was increasingly dement and lived under the surveillance of a custodian (a lawyer), who decided all questions. In 2006 the father was treated in a hospital; during most of 2007 he was treated at home. Since 2008 the situation became worse, no communication with the father was possible. From beginning of 2010 till October 2011 the father suffered from fever, pneumonia and other painful problems. In October, the father was brought again to the hospital, further treatment concerned again pneumonia and on the 19th the father went away.

The son, who inherited the right for compensation claims qualifies the father's treatment since 2010 as useless pain and a cruel life, which has to be qualified under the civil code as a damage. Furthermore, the father's custodian (a lawyer) has not been informed properly by the medical doctor; thus he could not make the appropriate decisions.

The LG München dismissed the case as unfounded (District Court Munich I, 2017). The OLG München (Oberlandesgericht München) as the previous instance had awarded a compensation of non-pecuniary damage in the amount of 40 000 € to the plaintiff and dismissed the remainder (Higher Regional Court of Munich, 2017).

The analyses of all these decisions allows to make a conclusion that a plaintiff could be entitled to claim against a defendant for damages under § 280 par. 1 of German Civil Code (CC) in conjunction with § 1922 and under § 823 par. 1, § 1922 CC in conjunction with Art. 1 par. 1, 2 par. 1 of Basic Law of the Federal Republic of Germany (German Bundestag, 1949). Possible claims of a testator versus the defendant have passed to the plaintiff as a sole heir according to § 1922 German Civil Code. Moreover, between the testator and the defendant exists an effective treatment contract since 2007.

The claim was rejected in the Munich district court (Landgericht) (District Court Munich I, 2017). The court didn't recognize any violation of the contract on medical treatment, concluded between the medical doctor and the patient, § 611, 280 Civil Code¹.

¹ Section 611 "Typical contractual duties in a service contract"

(1) By means of a service contract, a person who promises service is obliged to perform the services promised, and the other party is obliged to grant the agreed remuneration.

(2) Services of any type may be the subject matter of service contracts.

Section 280 "Damages for breach of duty"

(1) If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty.

(2) Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286.

(3) Damages in lieu of performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirements of sections 281, 282 or 283 (German Bundestag, 2002).

The court also rejected claims based on the violation of law according to § 823 Civil Code². The court didn't make any remarks on the aspects of Constitutional law. However, the court states, that the general assumption of civil law "assumption of legally conformity of medical consultation" stands behind the assessment, whether life is "worth to live" and the basic law on life, because this qualification is an exclusive decision of the concerned individual. The court refers to the principle, which is part of the motivation of § 1901a Civil Code³: "In case, that it is impossible to evaluate the patient's will, even using all available sources, concerning the continuation or termination of the medical treatment, the supreme value of life requests a decision based on the supremacy of life". The court didn't see any violation of the doctor's duty according § 1901a and 1901b⁴. The claim was refused and the plaintiff requested a review by the higher regional court.

In contrary to the district court (Landgericht), the higher regional court (Oberlandesgericht) decided in favor of the plaintiff (Higher Regional Court of Munich, 2017). The court states

² Section 823 "Liability in damages"

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

(2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault (German Bundestag, 2002).

³ Section 1901a "Living will"

(1) If a person of full age who is able to consent has determined in writing, for the event of his becoming unable to consent, whether he consents to or prohibits specific tests of his state of health, treatment or medical interventions not yet directly immanent at the time of determination (living will), the custodian must examine whether these determinations correspond to the current living and treatment situation. If this is the case, the custodian must see to it that the will of the person under custodianship is done. A living will may be revoked at any time without a specific form.

(2) If there is no living will, or if the determinations of a living will do not correspond to the current life and treatment situation, the custodian must determine the wishes with regard to treatment or the presumed will of the person under custodianship, and decide on this basis whether he consents to or prohibits a medical treatment pursuant to subsection (1). The presumed will must be ascertained on the basis of concrete indications. Consideration must be given, in particular, to previous oral or written statements, ethical or religious convictions and other personal values of the person under custodianship.

(3) Subsections (1) and (2) apply regardless of the nature and stage of any illness of the person under custodianship.

(4) No one may be obliged to establish a living will. The conclusion of a contract may not be made contingent on the establishment or submission of a living will.

(5) Subsections (1) to (3) apply to authorized representatives with the necessary modifications (German Bundestag, 2002).

⁴ Section 1901b see above footnote 5; Section 1901b "Discussion to ascertain the patient's will"

(1) The physician in attendance must examine which medical treatment is indicated with regard to the patient's overall condition and prognosis. He and the custodian must discuss this measure, considering the patient's will as a basis for the decision to be taken pursuant to section 1901a.

(2) When ascertaining the patient's will pursuant to section 1901a (1) or the wishes with regard to treatment or the presumed will pursuant to section 1901a (2), close relatives and other persons enjoying the confidence of the person under custodianship should be afforded the opportunity to make a statement insofar as this is possible without any considerable delay.

(3) Subsections (1) and (2) apply to authorized representatives with the necessary modifications (German Bundestag, 2002).

in the heading of its decision, that “The applying of artificial methods of providing nutrition for a patient, who is affected by serious and irreversible damages in the cerebral section and thus is unable to take nutrition without help, has to be considered as an artificial, un-natural interference in the natural process of human life, which includes the death”.

The court refers to the principle “in dubio pro vitae” (in doubtful situations life prevails), which rules the treatment of persons, totally unable to articulate and to react. But the court also states, that this principle stands behind the obligation of the medical doctor in charge to inform the custodian (a lawyer) and relatives about the real situation and circumstances. In this case, the medical doctor did not perform his duty according to § 1901b Civil Code (German Bundestag, 2002); because this information would have shown the picture, that the further medical treatment will only continue the painful life and will not change the fact that the patient will die soon. Therefore, the continuation of this very life has to be qualified as a damage according to section 249 Civil Code⁵. The court underlines that this question has not been raised in domestic jurisdiction until now. The assessment as a damage is not a statement on the value of life; because this very situation is characterized by the unnatural interference in life; and life includes the fact of death. Such life is in comparison with an ended life a damage, because the artificial nutrition is an illegal interference with the effect, that the patient had to continue his painful life. Therefore, the medical doctor was obliged to pay compensation.

The medical doctor requested a review of this decision by the Federal Court of Justice.

3. Civil Law regulations according to the German Civil Code

It is supposed to be differentiated between non-pecuniary damage in connection to life support (§ 253 par. 2 Civil Code⁶) and pecuniary damage concerning treatment and care costs in this period.

Non-pecuniary damages are the most controversial issue. The reason for that are difficulties in establishing that such damage exists as well as in an assessment of the amount of it. In Germany compensation of non-pecuniary damage is restricted by law. Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the cases stipulated by law.

In German law non-pecuniary damages are called “Immaterieller Schadensersatz” (non-material damage) or “Schmerzensgeld” (compensation for pain and suffering). § 253 Civil

⁵ Section 249 “Nature and extent of damages”

(1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.

(2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred (German Bundestag, 2002).

⁶ Section 253 “Intangible damage”

(1) Money may be demanded in compensation for any damage that is not pecuniary loss only in the cases stipulated by law.

(2) If damages are to be paid for an injury to body, health, freedom or sexual self-determination, reasonable compensation in money may also be demanded for any damage that is not pecuniary loss (German Bundestag, 2002).

Code refrained from including the term “Schmerzensgeld” in the norm; nevertheless, this term become widely established in German law (Münchener Kommentar..., 2019: § 253 Rn. 4).

There is lack of notion of non-pecuniary damage in German Civil Code. The Civil Code does not contain a definition of non-pecuniary damage. Non-pecuniary damage is such damage, which is not material ones (Brox, Walker, 2010: 576). This definition is quiet narrow.

According to § 253 par. 1 Civil Code non-pecuniary damages covers those damages which are not pecuniary damages. It means loss of physical and emotional well-being (Brox, Walker, 2010: 576). It covers, for example, pain and suffering, pains, injured feelings (Magnus, 2003: 5) as well as fears, grief, and restriction of the feel of life (Brox, Walker, 2010).

§ 253 par. 2 Civil Code states that non-pecuniary damage may be compensated in case of an “injury to body, health, freedom or sexual self-determination” (German Bundestag, 2002).

It is necessary to notice that earlier almost the same provisions contained in § 847 Civil Code older version. The former § 847 Civil Code was located in chapter dealing with tort law. It means that non-pecuniary damage concerned only tort law liability (delict). The old § 847 Civil Code has been abolished and replaced by a new provision of general application (new § 253 par. 2 Civil Code) (Magnus, 2003). The transfer of this provision has significantly increased its range of application. The new § 253 par. 2 Civil Code is located in the general part of the Law of Obligations. Thus, they are generally applicable irrespective whether liability is based on tort, contract, or strict liability (Magnus, 2003: 5–6; Looschelders, 2013: 517; Medicus, 2005: 245; Münchener Kommentar..., 2019: § 253 Rn. 2). That means that the plaintiff had grounds to claim non-pecuniary damage.

According to prevailing opinions in German civil law, non-pecuniary damages have two functions: On the one hand, it should compensate loss of well-being; on the other hand, it should carry out function of satisfaction (Brox, Walker, 2010). In addition, “Schmerzensgeld” is partially assigned the task to prevent intervention in legally protected rights referred to in § 253 par. 2 Civil Code (Münchener Kommentar..., 2019). In this case, the focus is on compensation of non-pecuniary damage, so that a preventive effect of the compensation is at most a desirable side effect (Münchener Kommentar..., 2019).

The right to compensation for immaterial damage arises with that for compensation obligating event. Therefore, it is transferred to the heirs (legal successor) by law, without of any declaration of will. The right to claim passes to the heirs, even if the deceased injured person has previously neither submitted a claim nor expressed the will to do so (Münchener Kommentar..., 2019).

The higher regional court – OLG München stated that a claim for compensation of non-pecuniary damage is as opposed to a claim for monetary compensation for violation of the right of personality, after the abolition of § 847 par. 1 sentence 2 Civil Code older version is also heritable without limitation (Higher Regional Court of Munich, 2017).

The main issue is an assessment of an amount of compensation. The difficulties exist because it is actually impossible to calculate a money equivalent of pain, suffering, stress, disasters etc.

The plaintiff claims compensation for non-pecuniary damage and measures it in an amount of at least 100 000 €. He grounded above mentioned amount on reasons that

in connection with artificial nutrition via PEG (percutaneous endoscopic gastrostomy) tube for 22 months there was continued bodily harm to his farther. As a result, the farther had to cope with “continuing illness” as well as with related to it “pain and suffering” (District Court Munich I, 2017).

The higher regional court – OLG München considered the non-pecuniary damage compensation as justified. By measuring the amount of non-pecuniary damage, it should be considered that “bedridden” patient has had to endure “enormous health impairments over a period of approximately 21 months until death”. Thus, higher regional court – OLG München awarded non-pecuniary damage compensation in the amount of 40 000 € (Higher Regional Court of Munich, 2017).

The Federal Court of Justice in his judgement of 02.04.2019 emphasizes that not every damage could be recognized by legal order. With regard to Art. 1 par. 1, 2 par. 1 of the Basic Law this would not be the case with continued survival as a result of artificial nutrition: “Human life is the highest ranked legally protected right and absolutely worth preserving. Any third party is entitled to judge the value of it. Therefore, it is not possible to consider the life as damage. Even if it is about to live with suffering” (Federal Court of Justice, 2019).

Consequently, a claim for non-pecuniary damage cannot be derived from the survival of a patient made possible by life-sustaining measures (Federal Court of Justice, 2019).

4. The Federal Court of Justice’s decision – extracts

“<...> Because no immaterial damage can be identified (253 par. 2 Civil Code⁷).

a) For the assessment of a damage it is necessary to compare the existing situation with the – hypothetical – situation, if the damaging event would not have taken place. A possible disadvantage, which is the result of this comparison is a damage only in the case, that the legal system acknowledges this as a damage <...>.

b) This acknowledgement is missing in this case. Here stands on the one side the prolongation of a life, affected with illness, through medical treatment, on the other side stands the – hypothetical – situation characterized with the ending of the medical treatment, that means the death. The life of a human being is the highest value in the legal system and thus has to be pertained. Nobody has the right to assess a life. Therefore, it is not permitted, to qualify a life, even if this life affected with serious illness, as a damage, (art. 1 chap. 1, art. 2 chap. 2 sentence 1 Basic Law of the Federal Republic of Germany⁸).

⁷ Section 253 “Intangible damage”

(1)

(2) If damages are to be paid for an injury to body, health, freedom or sexual self-determination, reasonable compensation in money may also be demanded for any damage that is not pecuniary loss (German Bundestag, 2002).

⁸ Article 1 “Human dignity – Human rights – Legally binding force of basic rights”

(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

Article 2 “Personal freedoms”

1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law (German Bundestag, 1949).

aa) In the so called “rubella case”, where the medical doctor in charge did not see the pregnant woman’s infection with rubella which led to the decision not to perform an (legal) abortion with the consequence, that the child was born with serious defects, the (Court’s) senate refused to accept the child’s right to compensation. It is impossible to assess on a general level, whether life with serious disablement (wrongful life) is a damage in comparison with not-living or whether it is still the better situation. A legally binding assessment on the value and purpose of another person’s life is not permitted for good reasons. A human being has to bear his/her life as it is designed by nature.

According to the judgment of the 2nd Senate of the Federal Constitutional Court from May 28th 1993 (failed abortion), the Constitution (article 1 par. 1 Basic Law of the Federal Republic Germany) imposes a verdict to qualify the existence of a child as a source of damage (Federal Constitutional Court, 1993: 296). All branches of power are obliged to respect every human being because it exists. The Senate underlined in his reaction on this fact, that according to his assessment, it is forbidden to qualify the existence of a child as a damage.

bb) The higher regional Court of appeal was right, refusing to apply all considerations of the judgment of the Senate on the “rubella case” on the current procedure. The difference is as follows: In the former case, the issue was, that a life, affected with pain was not prohibited by an abortion, but in the current case the issue is the continuation of a painful life which has not been ended by a stop of medical treatment. These two cases are different especially in the very aspect, that a human has the right to decide autonomously about the question on medical treatment as well on stopping treatment which supports the continuation of life; such right is not adherent to a nasciturus. But this distinction has not the logical consequence, that the continued painful life has to be qualified as a damage.

(1) Today, the process of dying shows a growing dependence of medical innovations and is not any longer exclusively the result of fate – but the result of men’s influence. From the Constitutional verdict, to consider a human being as an object but as the subject of medical treatment, follows the conclusion that a patient has during all phases of his/her life the right to decide sovereignly whether he/she wants to undergo medical treatment. <...> Therefore, also after to development of the situation to the state, when a personal will cannot be expressed any longer, the earlier voiced will or assumed will of the patient is relevant for the decision, whether medical treatment for the continuation of life shall be continued or stopped. Shows the will the direction to stop treatment and to allow to die, a right on refusal and protection against further treatment is established. In such situation, the obligation of the state to protect life according to article 2 par. 2 Basic Law of the Federal Republic of Germany⁹ has to step behind the right of a sovereign decision of the patient, even if there would have been a chance of successful treatment and perspective for life under further treatment.

⁹ Article 2 “Personal freedoms”

(1) ...

(2) Every person shall have the right to life and physical integrity. Freedom of the person shall be inviolable. These rights may be interfered with only pursuant to a law (German Bundestag, 1949).

(2) But in any case the continuation of life and the further pain cannot be qualified as a damage in the current case. Even, if the patient considers his/her life as not worth to live, the overall rule of the Constitution forbids all branches of state's powers, including the judiciary, to make such a judgment on the life of the patient with the conclusion, such life is a damage. Even, if the will of the patient is realized and such his/her life terminated, still rules the above mentioned Constitutional verdict to qualify such life as damage, if this life is not terminated. In any case, it is beyond of human insight, if a life, affected with pain is a disadvantage in comparison to a terminated life.

The illness, which affects the life, which continues due to the medical treatment cannot be isolated from the life and considered as a damage, because it cannot be separated from life – as it is the case in the sphere of the maintenance obligations of parents towards children” (Federal Court of Justice, 2019).

5. The qualification according to Ukrainian Law

5.1. The dimension of Constitutional law

This case concerned the (inherited) right to request compensation of a patient against the medical doctor, that means it is a question, based purely on civil law. But the civil court referred to the Constitution when qualifying the damage: is life a damage? In this case, the question was not the patient's protection through the right of life and health, the issue was the application of a value, stated by the Constitution. This value used the court for the answer, whether life is a damage.

This leads to the question, how such value is established and via which legal mechanism he is applied for the qualification of an issue of civil law. As already stated, this topic shall be described on the background of the Constitution of Ukraine, because the relevant aspects of constitutional law can be applied in Ukrainian constitutional law in the same way as in German constitutional law.

The Constitution of Ukraine has a general chapter and the second chapter containing the rights and freedoms. These rights and freedoms have the function, to provide a space of freedom for the citizens and people. That means they have the function to protect and to defend against the state.

In the second chapter also can be found rights, which – in whatever way – oblige the state, to do something for his citizens and people living within its borders, for example, to provide school-education. These rights and freedoms have the function, to enable citizens and people to participate within the society or to receive support, which – at the end – enables also to participate in the common life in an adequate manner. Finally, there are rights and freedoms, which guaranty the possibility to participate in the state's and municipality's organization, for example, article 38 and the right to vote.

All these rights and freedoms have in common, that they are efficient in the relations between state and people and citizens.

These rights and freedoms fulfil another additional function: they form an objective system of values. The rights and freedoms form the perception, how the citizens and people shall live and shall be able to live on Ukrainian territory. To complete this system, it is necessary to include article 3, where the Constitution expressively contains the word “value”. This system of values exists separate from the special rights and freedoms in the second chapter, it is a system of values on the level of the law of the Constitution.

That means, this system is law of the Constitution and thus must be applied and respected according to articles 8 par. 2, 6 par. 2, and 19 par. 2 of the Constitution, the values share all effects of articles 8 par. 2, 6 par. 2, and 19 par. 2 (Constitutional Court of Ukraine, 2018). In other words, laws must be applied in the light of this system of values.

The mechanism of the application is clear: it is Constitutional law, which binds all branches of power; the courts is one of the branches. In case, that a court applies law, it must respect and apply this system of values. Therefore, a civil court may not qualify the fact, that a human must live as damage as regulated in civil laws.

If a person considers his/her life as a damage or an unbearable burden, then it is the person's right to make this qualification and if the person draws consequences he/she is in most of western countries protected by the person's basic freedom.

5.2. Civil law

The main issue to be considered is non-pecuniary damage compensation.

Article 23 part 1 of the Civil Code of Ukraine contains a general principle allowing compensation of non-pecuniary damage in any case of violation of rights (Verkhovna Rada of Ukraine, 2003). According to art. 23 part 2 of the Civil Code of Ukraine non-pecuniary damage covers inter alia physical pain and suffering caused by health injury as well as mental suffering caused by wrongful action. The conditions for the compensation of non-pecuniary damage are prescribed in details in art. 1167–1168 etc.

It is evident that the legal systems of both countries recognize the possibility to compensate non-pecuniary damage. However, Ukrainian law differs from German law with respect to range of application of non-pecuniary damage. Non-pecuniary damage under German could be compensated in cases limited by law, whereas under Ukrainian law in any case of violation of rights.

It could be assumed that, hypothetically, the plaintiff could be awarded non-pecuniary damage. The amount of damage would be considerably lower. Furthermore, the probability of such lawsuits in Ukraine is quite low.

In light of these circumstances, the following arguments shall be proposed for the further considerations on such claims for compensation:

- it is difficult to image such lawsuits in Ukraine, because of both culture and legal differences; but the circumstances and the understanding of the rights of persons in medical treatment may change;
- comparative analysis of damage compensation according to both national civil laws requires a separate research;
- the issue of inheritance law is considerably different. An heir cannot inherit a right to claim compensation of non-pecuniary damage. The heir succeeds the right to non-pecuniary damage only in case when compensation was awarded by court to the testator inter vivos (prior the death of testator) (art. 1230 of Civil Code of Ukraine). That means, according to Ukrainian law the right exists only, if a court has stated this right; not from the moment, when the damage occurred;
- in any way, the different regulation of inheritance law makes it impossible, to raise such claim under Ukrainian law. Civil Code of Ukraine require that a court decided on the existing of such a right; that mean, the possibilities in Ukrainian civil law are much narrower.

6. Conclusions

The comparative presentation on Constitutional law shows parallels on the level of the functions of rights and freedoms in a Constitution: they have the function to protect the individual against the interference of the State. But the rights and freedoms also create a system of values on the level of constitutional law which has to be considered in all spheres of national law – also in relations between private persons ruled by civil law. These functions are a traditional element of German Constitutional law and of Ukrainian Constitutional law according to the recent jurisdiction of the Constitutional Court of Ukraine.

A different picture shows the comparison of both civil law systems: The German civil law is more open for non-pecuniary and pecuniary damage compensation claims due to a differentiated understanding of the role and rights of an individual, which realizes the understanding of human dignity according to art. 1 of the Basic Law of Germany. The Ukrainian civil law provides on the one side a wider scope of non-pecuniary damage compensation, on the other side, the possibility to realize inherited rights is less wide as under German Civil law.

Taking into consideration the development of such rights and claims under German civil law, the picture shows a growing sensibility towards these questions; such development is therefore a logically development under Ukrainian civil law, as it is under the influence of Ukrainian Constitutional law.

Bibliography:

1. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), Ausfertigungsdatum 23.05.1949 / Deutscher Bundestag. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>.
2. Brox H., Walker W. Besonderes Schuldrecht. 34. Auflage. München : C.H. Beck, 2010. 772 S.
3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень частини другої статті 8, другого речення частини четвертої статті 16 Закону України «Про звернення громадян» (справа про звернення осіб, визнаних судом недієздатними) від 11 жовтня 2018 р. № 8-п/2018. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/8_r_2018.pdf.
6. Abortion (Schwangerschaftsabbruch II) : Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 / Bundesverfassungsgericht. *BVerfGE 88, 203*. URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1190>.
7. Urteil in dem Rechtsstreit vom 2. April 2019 № VI ZR 13/18 / Bundesgerichtshof. URL: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2019-4&Seite=7&nr=95016&pos=239&anz=249>.
8. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 2. Januar 2002 / Deutscher Bundestag. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.
9. Haftung des behandelnden Arztes bei unterbliebenem Abbruch der künstlichen Ernährung am Lebensende : Endurteil v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14 / LG München I. URL: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112362>.

10. Looschelders D. Schuldrecht: Besonderer Teil. 8. Auflage. München : Vahlen, 2013. 500 S.
11. Magnus U. The Reform of German Tort Law. Barcelona, 2003. 11 p. URL: <http://www.dl.edi-info.ir/The%20Reform%20of%20German%20Tort%20Law.pdf>.
12. Medicus D. Schuldrecht I: Allgemeiner Teil. 16. Auflage. München : C.H. Beck, 2005. 480 S.
13. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Band 2 : Schuldrecht Allgemeiner Teil I (§§ 241–310). 8. Auflage. München : C.H. Beck, 2019. 1828 S.
14. Arzthaftungsrecht: Behandlungsabbruch bei schwerstkranken Patienten (hier PEG-Sonde) : Endurteil v. 21.12.2017 – 1 U 454/17 / OLG München. URL: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-146433>.

References:

1. German Bundestag (1949). Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) [Basic Law for the Federal Republic of Germany (GG)] on 23.05.1949. Retrieved from: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html> [in German].
2. Brox, H., Walker, W. (2010). Besonderes Schuldrecht [Special liability law]. 34th ed. München: C.H. Beck [in German].
3. Verkhovna Rada of Ukraine (2003). Tsyvilnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16 sichnia 2003 r. № 435-IV [Civil Code of Ukraine: Law of Ukraine of January 16, 2003. № 435-IV]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, no. 40–44, art. 356 [in Ukrainian].
4. Verkhovna Rada of Ukraine (1996). Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28 chervnia 1996 r. № 254к/96-BP [Constitution of Ukraine: Law of Ukraine of June 28, 1996. № 254к/96-BP]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, no. 30, art. 141 [in Ukrainian].
5. Constitutional Court of Ukraine (2018). Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) okremykh polozhen chastyny druhoi statii 8, druhooho rechennia chastyny chetvertoi statii 16 Zakonu Ukrainy “Pro zvernennia hromadian” (sprava pro zvernennia osib, vyznanykh sudom nediiiezdatnymy) vid 11 zhovtnia 2018 r. № 8-p/2018 [Decision of the Constitutional Court of Ukraine in the case on the constitutional submission of the Commissioner for Human Rights regarding the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the separate provisions of part two of Article 8, second sentence of part four of Article 16 of the Law of Ukraine “On Citizens’ Appeals” (case of applications of persons recognized court of incompetence) dated October 11, 2018 № 8-p/2018]. Retrieved from: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/8_r_2018.pdf [in Ukrainian].
6. Federal Constitutional Court (1993). Abortion (Schwangerschaftsabbruch II): Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 [Abortion (termination of pregnancy II): Decision of the Federal Constitutional Court of May 28, 1993]. *BVerfGE* 88, 203. Retrieved from: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1190> [in German].
7. Federal Court of Justice (2019). Urteil in dem Rechtsstreit vom 2. April 2019 № VI ZR 13/18 [Judgment in the case of 2 April 2019 № VI ZR 13/18]. Retrieved from: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&atum=2019-4&Seite=7&nr=95016&pos=239&anz=249> [in German].
8. German Bundestag (2002). Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) vom 2. Januar 2002 [German Civil Code (BGB) of January 2, 2002]. Retrieved from: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> [in German].
9. District Court Munich I (2017). Haftung des behandelnden Arztes bei unterbliebenem Abbruch der künstlichen Ernährung am Lebensende: Endurteil v. 18.01.2017 – 9 O 5246/14

[Liability of the treating doctor in the event of failure to terminate the artificial diet at the end of life: final judgment of 18 January 2017, 9 O 5246/14]. Retrieved from: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-112362> [in German].

10. Looschelders, D. (2013). Schuldrecht: Besonderer Teil [Obligation law: special part]. 8th ed. München: Vahlen [in German].

11. Magnus, U. (2003). The Reform of German Tort Law. Barcelona. Retrieved from: <http://www.dl.edi-info.ir/The%20Reform%20of%20German%20Tort%20Law.pdf> [in English].

12. Medicus, D. (2005). Schuldrecht I: Allgemeiner Teil [Obligation I: General Part]. 16th ed. München: C.H. Beck [in German].

13. (2019). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I (§§ 241–310) [Munich comment on the Civil Code: BGB. Volume 2: Obligation Law General Part I (Sections 241–310)]. 8th ed. München: C.H. Beck [in German].

14. Higher Regional Court of Munich (2017). Arzthaftungsrecht: Behandlungsabbruch bei schwerstkranken Patienten (hier PEG-Sonde): Endurteil v. 21.12.2017 – 1 U 454/17 [Medical Liability Law: Discontinuation of treatment for seriously ill patients (here PEG probe): final judgment of 21 December 2017, 1 U 454/17]. Retrieved from: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-146433> [in German].

ЖИТТЯ ЯК ШКОДА: КОМПЕНСАЦІЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ЗА ПРОДОВЖЕННЯ ЖИТТЯ (ГЛУМАЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА У СВІТЛІ КОНСТИТУЦІЇ)

Катерина Кравченко,

юрист I-ї категорії

юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

legal_i@i.ua

Бернгард Шлоер,

доцент кафедри адміністративного права

юридичного факультету Центру німецького права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

доктор юридичних наук (нім.)

viewtmc@gmail.com

У статті аналізується рішення Федерального верховного суду Федеративної Республіки Німеччина, яке стосується питання про те, чи може життя розглядатися як шкода, що дає право на компенсацію моральної та матеріальної шкоди. Справа стосується особи, яка за станом здоров'я не могла спілкуватися, а отже, висловити свою волю щодо подальшого життя. Особі за допомогою медичного лікування було продовжено життя, незважаючи на те, що вказана особа була важкохворою, а лікування лише на певний час відклало неминучу смерть. Суд, вирішуючи питання про те, чи може життя розглядатися як шкода в цивільному праві, звернувся до норм Конституції Федеративної Республіки Німеччина.

Стаття містить аналіз рішення Федерального верховного суду Федеративної Республіки Німеччина, рішення судів попередніх інстанцій, а також порівняльно-правові аспекти німецького та українського права.

Мета статті – презентувати рішення Федерального верховного суду Федеративної Республіки Німеччина, яке, за визначенням самого суду, є безпрецедентним. У зв'язку з тим, що ситуація, на

підставі якої було подано позов, не має національних меж, варто представити цю тему також на розгляд професійної публіки за межами Німеччини.

Основним методом, застосованим у розглядуванні статті, є метод порівняльного аналізу конституційного та цивільного права.

Логічно, що результатом представлення рішення суду та порівняльних правових підстав є інформація для подальших дискусій. Незважаючи на це, порівняльний аналіз показує паралельність рівня функціонування прав і свобод у Конституції Німеччини. Варто зазначити, що права й свободи також створюють систему цінностей на рівні конституційного права, яка повинна братися до уваги в усіх сферах національного права, зокрема й у відносинах між приватними особами, що регулюються цивільним правом.

Ключові слова: життя як шкода, право на життя, компенсація моральної шкоди, матеріальна шкода, відповідальність лікарів, договір на надання медичних послуг.

ДО УВАГИ АВТОРІВ

До друку приймаються наукові статті провідних фахівців у галузі публічного права, представників юридичної практики, молодих науковців.

Технічні вимоги до оформлення статті:

Формат А 4; поля – 2 см (нижнє) x 2 см (верхнє), 3 см (ліве) x 1,5 см (праве); абзац – 1,25 см; міжрядковий інтервал – 1,5 см; шрифт – Times New Roman; кегль – 14.

Обсяг статті – від 10 до 20 сторінок.

У тексті слід використовувати символи за зразком: лапки «...», дефіс (-), тире (–), апостроф (’).

Послідовність розміщення структурних елементів у науковій статті:

1. Вказується мовою статті (англійською або німецькою):

назва;

прізвище, ім’я, по батькові автора (-ів) статті (не більше двох осіб);

посада, місце роботи/навчання, науковий ступінь, вчене звання (за наявністю), електронна адреса;

розширена анотація та ключові слова. В анотації повинна бути така структура: Мета, Методи, Результати та Висновки. Обсяг анотації: мінімум – 300 слів, максимум – 350 слів. До анотації обов’язково додають 5–10 ключових слів.

2. Текст статті:

Вступ (Introduction) є обов’язковою частиною роботи, в якій автор вказує новизну теми та актуальність наукових рішень. Мета дослідження повинна бути чітко вказана поряд з науково-дослідницькими завданнями. Необхідно вказати методологію дослідження, логіку уявлення дослідженого матеріалу.

Основний текст повинен бути поділений на змістовні розділи з окремими заголовками (до 4-6 слів).

Стаття повинна містити висновки з проведеного дослідження (Conclusions), в яких представлені розгорнуті конкретні висновки за результатами дослідження і перспективи подальших досліджень у цьому напрямку.

3. Список використаних джерел. Бібліографічний опис списку оформлюється з урахуванням розробленого в 2015 році Національного стандарту України ДСТУ 8302:2015 «Інформація та документація. Бібліографічне посилання. Загальні положення та правила складання». За умови неправильного оформлення списку використаних джерел стаття може бути відхилена рецензентами.

4. References. Оформлюється відповідно до стандарту APA (APA Style Reference Citations). Автор (трансліт), назва статті (трансліт), назва статті (в квадратних дужках переклад англійською мовою), назва джерела (трансліт), вихідні дані (місто з позначенням англійською мовою), видавництво (трансліт). Наприклад:

Dikhtiiivskiyi, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyksii: administratyvno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [in Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. *Pravo Ukrainy*, no. 8, pp. 37–39.

Транслітерація імен та прізвищ з української мови здійснюється відповідно до вимог Постанови Кабінету Міністрів України «Про впорядкування транслітерації українського алфавіту латиницею» від 27 січня 2010 р. № 55.

Транслітерація з російської мови здійснюється відповідно до ГОСТ 7.79-2000. Система стандартів по информации, библиотечному и издательскому делу. Правила транслитерации кирилловского письма латинским алфавитом.

5. Вказується українською і англійською (якщо статтю подано німецькою мовою):

назва;

прізвище, ім'я, по батькові автора (-ів) статті (не більше двох осіб);

посада, місце роботи/навчання, науковий ступінь, вчене звання (за наявністю), електронна адреса;

розширена анотація та ключові слова. В анотації повинна бути така структура: Мета, Методи, Результати та Висновки. Обсяг анотації: мінімум – 300 слів, максимум – 350 слів. До анотації обов'язково додають 5–10 ключових слів.

Посилання на літературу подаються у тексті тільки в круглих дужках:

При цьому кожен громадянин України, який відповідає встановленим вимогам до кандидата на посаду прокурора, має право звернутися до Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів із заявою про участь у доборі кандидатів на посаду прокурора (ЗУ «Про прокуратуру», 2015).

Усі статті, що надходять до редакції проходять закрите рецензування та перевіряються на плагіат.

Редколегія вправі рецензувати, редагувати, скорочувати та відхиляти статті. У разі недотримання зазначених вимог щодо оформлення рукописів редакція залишає за собою право не розглядати їх. Редакція не завжди поділяє позицію авторів публікацій. Передрук статей можливий лише з дозволу редакції.

ВНИМАНИЮ АВТОРОВ

К печати принимаются научные статьи ведущих специалистов в области публичного права, представителей юридической практики, молодых ученых.

Технические требования к оформлению статьи:

Формат А 4; поля – 2 см (нижнее) x 2 см (верхнее), 3 см (левое) x 1,5 см (правое) абзац – 1,25 см; межстрочный интервал – 1,5 см; шрифт – Times New Roman; кегль – 14.

Объем статьи – от 10 до 20 страниц.

В тексте следует использовать символы по образцу: лапки «...», дефис (-), тире (–), апостроф (‘).

Последовательность размещения структурных элементов в научной статье:

1. Указывается на языке статьи (английский или немецкий язык):

название;

фамилия, имя, отчество автора (-ов) статьи (не более двух человек);

должность, место работы / учебы, ученая степень, ученое звание (при наличии), электронный адрес;

расширенная аннотация и ключевые слова. В аннотации должна быть такая структура: Цель, Методы, Результаты и Выводы. Объем аннотации: минимум – 300 слов, максимум – 350 слов. К аннотации обязательно добавляют 5–10 ключевых слов или словосочетаний.

2. Текст статьи:

Введение (Introduction) является обязательной частью работы, в которой автор указывает новизну темы и актуальность научных решений. Цель исследования должна быть четко указана рядом с научно-исследовательскими задачами. Необходимо указать методологию исследования, логику представления исследованного материала.

Основной текст должен быть разделен на содержательные разделы с отдельными заголовками (до 4-6 слов).

Статья должна содержать выводы из проведенного исследования (Conclusions), в которых представлены развернутые конкретные выводы по результатам исследования и перспективы дальнейших исследований в этом направлении.

3. Список использованных источников. Библиографическое описание списка оформляется с учетом разработанного в 2015 году Национального стандарта Украины ДСТУ 8302: 2015 «Информация и документация. Библиографическая ссылка. Общие положения и правила составления». При неправильном оформлении списка литературы статья может быть отклонена рецензентами.

4. References. Оформляется в соответствии со стандартом APA (APA Style Reference Citations). Автор (транслит), название статьи (транслит), название статьи (в квадратных скобках перевод на английский язык), название источника (транслит), выходные данные (город с обозначением на английском языке), издательство (транслит). К примеру:

Dikhtiievskiyi, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyksii: administratyvno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [In Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. *Pravo Ukrainy*, no. 8, pp. 37–39.

Транслитерация имен и фамилий с украинского языка в соответствии с требованиями Постановления Кабинета Министров Украины «Об упорядочении транслитерации украинского алфавита латиницей» от 27 января 2010 № 55.

Транслитерация с русского языка осуществляется в соответствии с ГОСТ 7.79-2000. Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Правила транслитерации кирилловского письма латинским алфавитом.

5. Указывается на украинском и английском языке (если статью подано на немецком языке):

название;

фамилия, имя, отчество автора (-ов) статьи (не более двух человек);

должность, место работы / учебы, ученая степень, ученое звание (при наличии), электронный адрес;

расширенная аннотация и ключевые слова. В аннотации должна быть такая структура: Цель, Методы, Результаты и Выводы. Объем аннотации: минимум – 300 слов, максимум – 350 слов. К аннотации обязательно добавляют 5–10 ключевых слов или словосочетаний.

Ссылки на литературу даются в тексте только в круглых скобках:

При этом каждый гражданин Украины, который соответствует установленным требованиям к кандидату на должность прокурора, вправе обратиться в квалификационно-дисциплинарной комиссии прокуроров с заявлением об участии в отборе кандидатов на должность прокурора (ЗУ «О прокуратуре», 2015).

Все статьи, поступающие в редакцию проходят закрытое рецензирование и проверяются на плагиат.

Редколлегия вправе рецензировать, редактировать, сокращать и отклонять статьи. В случае несоблюдения указанных требований по оформлению рукописей редакция оставляет за собой право не рассматривать их. Редакция не всегда разделяет позицию авторов публикаций. Перепечатка статей возможна только с разрешения редакции.

FOR AUTHORS

We accept articles of leading specialists in the sphere of public law, representatives of legal practice, young scientists.

Technical requirements for article composition:

Size A 4; fields – 2 cm (bottom) x 2 cm (top), 3 cm (left) x 1,5 cm (right); indentation – 1,25 cm; line spacing – 1,5 cm; font – Times New Roman; size – 14.

The article volume is from 10 to 20 pages.

It should be used symbols as follows: quotes “...”, hyphen (-), dash (–), apostrophe (’).

Sequence of placement of structural elements in a research article:

1. It is indicated in the language of the article (English or German):
title;

surname, name, patronymic of author (-s) of the article (no more than two persons);
job position, place of employment/study, academic degree, rank (if any), e-mail;

expanded summary and key words. The summary consists of the following obligatory structure: Purpose, Methods, Results and Conclusions. Summary volume: minimum – 300 words, maximum – 350 words. After the summary, it is necessary to add 5–10 key words or phrases.

2. Text of the article:

Introduction is an obligatory part of the research, where the author indicates topicality of the subject and actuality of scientific decisions. Goal of research should be clearly indicated along with the research tasks. It is necessary to specify the methodology of research, the logic of presentation of the investigated material.

The main text should be divided into content-rich sections with separate headings (up to 4-6 words).

The article should contain conclusions from the study, which present detailed findings from the study and the prospects for further research in this direction.

3. Bibliography. Bibliography description is carried out taking into account the National Standard of Ukraine DSTU 8302: 2015 “Information and documentation. Bibliographic reference. General principles and rules of composition”. Reviewers can reject an article in the case of improper execution of bibliography.

4. References. It is composed according to standards APA (APA Style Reference Citations). There is an author (transliteration), title of the article (in square brackets, English translation), source name (transliteration), source data (city with the English mark), publishing house (transliteration). For example:

Dikhtiiievskiyi, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyksii: administratyvno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [in Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. Pravo Ukrainy, no. 8, pp. 37–39.

Transliteration of names and surnames is carried out in accordance with the requirements of the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine “On Normalization of Transliteration of the Ukrainian Alphabet by Means of the Latin Alphabet” dated January 27, 2010, No. 55.

Transliteration from Russian is carried out in accordance with GOST 7.79-2000. System of standards on information, librarianship and publishing. Rules of transliteration of Cyrillic script by Latin alphabet.

5. It is indicated in Ukrainian and English (if the article is submitted in German):
title;

surname, name, patronymic of author (-s) of the article (no more than two persons);
job position, place of employment/study, academic degree, rank (if any), e-mail;

extended summary and key words. Summary has to contain: subject of research, methodology, goal and conclusions of research. The minimum volume of summary is 350 words.

References to the literature are given in the text only in parentheses:

At the same time, every citizen of Ukraine, who meets the established requirements for a candidate for a post of prosecutor, has the right to appeal to the Qualification Disciplinary Commission of Public Prosecutors with application of participation in the selection of candidates on the post of prosecutor (The Law of Ukraine “On Public Prosecution Service”, 2015).

All articles, which are sent to editorial office, pass a close review and are tested for plagiarism presence.

Editorial board has the right to review, edit, reduce and reject the article. In the case of neglect of mentioned requirements regarding manuscripts composition, editorial board reserves the right to skip them. Editorial staff not always shares a position of authors. Republication of articles is possible only with the consent of editorial board.

НОТАТКИ

Наукове видання



Адміністративне **ПРАВО і ПРОЦЕС**

науково-практичний журнал

№ 3 (26)/2019

Коректура • Н. Пирог

Комп'ютерна верстка • Ю. Семенченко

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей.

Формат 70/100/1/8. Ум.-друк. арк. 26,33. Наклад 300 прим. Замов. № 0120/30.
Гарнітура Times. Папір офсет. Цифровий друк.
Підписано до друку 30.12.2019.

Видавничий дім «Гельветика»
73021, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а
Телефон +38 (0552) 39-95-80, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

Scientific publication



Administrative **LAW and PROCESS**

scientific and practical journal

№ 3 (26)/2019

Proof reading N. Pyroh
Desktop publishing Yu. Semenchenko

The authors are fully responsible for the collation, accuracy of facts, quotes, economic-statistical data, proper names and other information.

Format 70/100/1/16. Printer's sheet 26.33. Circulation 300 copies. Order No 0120/30.

Typeface Times. Offset paper. Digital printing.

Authorized for printing as of 30.12.2019.

Publishing House "Helvetica"

46-a Parovozna str., Kherson, 73021.

Telephone: +38 (0552) 39-95-80, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua

Certificate of a publishing entity ДК No 6424 dated 04.10.2018