http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.00

Dear reader,

Public administration and the respective legal framework have been reformed and shaped in the Republic of Estonia since the restoration of independence, for only a couple of decades now. In its report published in 2011, an influential global organisation focusing on economic co-operation and development, the OECD, warned that the people of Estonia will soon no longer be able to sustain their country, because Estonia's public administration is fragmented and decentralised. The report pointed out that in 2008, more than 200 strategic documents were in force in Estonia, expressively showing that the government and state authorities have become divided into what are termed different strongholds. All of them are developing in some direction, using certain means to move toward certain objectives, but they are without a uniform and undivided general concept. Division of labour and co-operation among the various authorities is not the best either. One of the most important elements requiring consideration that are pointed out in the report has to do with the OECD's observation as to the restricted analysis ability in Estonian administration, both at the levels of the government as a whole, government institutions, management, and leadership and also among single decision-makers. The mechanism for provision of public services is fragmented as well. Ministries and state institutions have determined the services to be provided by each of them by applying their own judgement. At the same time, Estonia has to tackle the increasing problems entailed by an ageing population, low birth rate, and high level of emigration. The functioning of the government sector has to be made more efficient if we are to solve these problems.

Naturally, the problematic aspects of Estonian public administration are not visible only on the high international level. In 2012, the idea of a thorough reform of the Estonian political establishment was decisively raised for public discussion. In the debates that followed, individual problematic issues have been addressed, with the reforms put forth including elimination of the level of county government and implementation of reorganisation of functions, merging of some ministries and establishment of new ones, reorganisation of the internal structures of ministries, and other changes. On the other hand, important issues related to the bases for state or public administration have been left quite unnoticed. An attempt was made to compensate for this shortcoming in the debate via an international conference, 'Modernse riigihalduse lätetel – allikad, arengud ja perspektiivid' ("At the Origins of Modern Public Administration—Sources, Developments, Perspectives"), that was held at the University of Tartu on 24–25 October 2013. The conference was also an event forming part of the Academica programme for German–Estonian academic co-operation. Accordingly, the primary emphasis was on the German and Estonian experience in both historical and topical perspective. Today's problems in Estonia or Germany are in themselves nothing unique. Many other European countries have gone through similar historic developments and are facing similar economic, social, and demographic tendencies today. This is why we hope that the conference materials published in this issue will be interesting also to a wider international audience. At this point, we wish to take the opportunity to thank all of those who made presentations at the conference and the financial supporters of the conference and of the publication.

The challenges faced by public authorities and the administrative sector reach far further than the narrow confines of administrative law. This is vividly shown by

the problems and approaches addressed in the second half of the publication, which features articles from very diverse fields of law. Even in private law, where the relationship between legal subjects is determined automatically, intervention by public authorities is often necessary for ensuring the possibility of the continued existence and actual functioning of this autonomy. To ensure that this intervention is thought through properly and fully justified, applying the appropriate theoretical approaches is vital.

Marju Luts-Sootak Madis Ernits

Contents:

Rüdiger Voigt	Der moderne Staat. Ein Glanzstück europäischer Form und occidentalen Rationalismus	5
Michael Stolleis	Die Entstehung des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts (1850–1900)	21
Joachim Rückert	Perversion der Verwaltung – Verwaltung der Perversion in der NS Zeit	29
Ivo Pilving	Die Schaffung und Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Estland	46
Michael Sachs	Verfassungsrechtliche Determinanten der öffentlichen Verwaltung in Deutschland	58
Ulrich Ramsauer	Abgrenzung von Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung	69
Holger Schwemer	Reformentwurf für das estnische Verwaltungsrecht (1997–1999)	84
Mait Laaring	On the Situation of Law-enforcement Law in Estonia	95
Friedrich Schoch	Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts	102
Christoph Conrad Henke	Warum wir an der Universalität der westlichen Werte festhalten sollten	118
Kärt Pormeister	The Legal Concept of Slavery in the Modern European Legal Sphere	130
Katri Paas-Mohando	Extraterritorial Merger Control Enforcement in Small Economies— Challenges and Possibilities	137
Arsi Pavelts, Karin Sein	The Buyer's Right to Require Reimbursement for Repair Costs of Defective Goods under the CISG, the CESL, and Estonian Law	147
Mari Schihalejev	Formation of Creditor Groups in Reorganisation Proceedings: Does Estonia Need a Better Regulation?	159
Leonid Tolstov	Personal Liability of a Director to Creditors in the Case of Thin Capitalisation of a Company	168
Goda Ambrasaitė, Rimvydas Norkus	Legal Aspects of Insolvency of Natural Persons in the Baltic States	176

Merike Varusk	Company Board Members' Liability and Prerequisites for it in Bankruptcy Proceedings	186
Urve Liin	Succession Law Procedure Coverage in Estonian Public Electronic Databases: *Ametlikud Teadaanded* and the Succession Register	197
Egle Kalev	The Possibility of Compensation for Health Damage in Cases of Uncertain Causes within the Victim's Sphere	206
Gaabriel Tavits	The Right to Collective Action in Labour Relations in Estonia: Is the Right to Organise a Strike Guaranteed?	218

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.01

Rüdiger Voigt
Prof. Dr.

Der moderne Staat

Ein Glanzstück europäischer Form und occidentalen Rationalismus

Carl Schmitt, der brillanteste, zugleich aber auch der umstrittenste Staatsdenker der Weimarer Republik, hat bereits 1963 das Ende der Epoche der Staatlichkeit verkündet. Im Vorwort zum Neudruck seiner weithin bekannten Schrift „Der Begriff des Politischen" von 1932 stellt er fest:[*1] „Der Staat als das Modell der politischen Einheit, der Staat als Träger des erstaunlichsten aller Monopole, nämlich der politischen Entscheidung, dieses Glanzstück europäischer Form und occidentalen Rationalismus, wird entthront".

Tatsächlich hätte ihm bis zum Beginn der 1990er Jahre kaum jemand widersprochen. Der Staat schien seine Schuldigkeit getan zu haben. Es war Zeit für ihn, zu Gunsten internationaler Organisationen, supranationaler Gemeinschaften und transnationaler Kartelle zurückzutreten. Im Zeichen des Neoliberalismus haben vor allem die europäischen Regierungen buchstäblich Alles getan, um dieses Ziel zu verwirklichen. Mit dem Ende der bipolaren Weltordnung und dem Terroranschlag des 11. September 2001 hat sich das Bild freilich drastisch verändert. Wie Phönix aus der Asche ist der Staat wieder auferstanden und ins Zentrum des Geschehens zurückgekehrt, wenn nicht in der Finanz- und Wirtschaftspolitik, so doch in der Sicherheitspolitik. Allmählich setzt sich die Erkenntnis durch: Ohne einen funktionsfähigen Staat sind die Menschen hilflos anonymen Kräften ausgeliefert, denen sie nichts entgegenzusetzen haben. Gleichzeitig ist der Staat selbst jedoch auf dem Weg dazu, im Zuge des globalen Kampfes gegen den Terrorismus zum „Großen Bruder", zum Orwellschen Überwachungsstaat zu werden. Das neue Schlüsselwort dazu ist PRISM, ein Programm des US-Geheimdienstes NSA zur weltweiten Datenerfassung und -verarbeitung. Es ist sicher kein Zufall, dass das Buch „1984" von George Orwell,[*2] in dem dieser eine Überwachungs-Diktatur schildert, in der Amazon-Liste der meistverkauften Bücher in Großbritannien auf Platz 42 steht.

Was ist der moderne Staat?

Was haben wir uns unter dem „modernen Staat" vorzustellen, wenn wir die Orwellsche Horrorvision einmal für einen Moment ausblenden? Das Bild des modernen Staates ist auch dann janusköpfig.[*3] Der Staat setzt einseitig Recht, er erhebt einseitig Steuern, er vergibt einseitig Leistungen. Gleichzeitig ist der Staat aber auch ein Gemeinwesen („*res publica*"), das durch den gegenseitigen Willen seiner Bürger und Bürgerinnen konstituiert und von diesem gegenseitigen Willen getragen wird. Im Folgenden will ich den modernen Staat aus der Perspektive einiger bedeutender Staatsphilosophen beleuchten. Staatsdenker stellen ihre Überlegungen regelmäßig vor dem Hintergrund des Staates an, in dem sie leben. Oft konfrontieren sie

1 C. Schmitt. Der Begriff des Politischen. Berlin: Duncker & Humblot 1963.

2 G. Orwell. 1984. Berlin: Propyläen 1994.

3 R. Voigt. Der Januskopf des Staates. Warum wir auf den Staat nicht verzichten können. Stuttgart: Steiner 2009.

diesen Staat mit dem Idealbild eines vergangenen Staates („Goldenes Zeitalter") oder berufen sich auf in die Zukunft gerichtete Staatsutopien. Zwar wird selten ein Staat gegründet, der dem erdachten Staatsideal genau entspricht, oft gehen von einem Staatsmodell aber wichtige Impulse aus. Rousseau und Locke sind prominente Beispiele für eine solche Wirkung.

Liest man die Werke großer Staatsdenker wie z.B. Machiavelli, Bodin, Hobbes und Locke, dann zeigt sich, dass diese bereits in der frühen Neuzeit einen Kernbestand an Staatlichkeit herausgearbeitet haben, der für ein halbes Jahrtausend das Selbstverständnis der europäischen Staaten bestimmt hat. Montesquieu, Rousseau, Kant, Hegel, Marx, Jellinek, Max Weber, Habermas, Foucault und Agamben haben dieses Staatsdenken – trotz z.T. gravierender Widersprüche – kontinuierlich weiterentwickelt.[*4] Moderne Staatlichkeit ist danach durch fünf Hauptmerkmale gekennzeichnet:

- Intensität der Staatswirksamkeit;
- Rationalität der Staatsstruktur;
- Trennung des Rechts von Sitte und Religion;
- unbedingte Sicherung des innerstaatlichen Friedens;
- eine an formalem Recht geschulte Beamtenhierarchie.

In einem langwierigen Prozess werden die Ordnungsfunktionen, die zunächst in der Hand lokaler Herrscher liegen, monopolisiert, zentralisiert und verstaatlicht. Herrschaft bedeutet dabei im Alltag vor allem Verwaltung („*Policey*").

Wiedergeburt antiker Staatskunst

Um der Genese dieses Staates nachzugehen, möchte ich Sie zunächst in eine Zeit zurückversetzen, die fast ein halbes Jahrtausend zurückliegt. Es ist die Renaissance, jene bunt schillernde große Zeit eines Leonardo da Vinci oder eines Michelangelo, um nur einige wenige Namen zu nennen. Es ist aber auch eine Zeit des Umbruchs, des „Zerbrechens der Zeit", wie René König es im Schweizer Exil genannt hat.[*5] Überkommenes Denken wird beiseitegeschoben; unter Rückgriff auf die Vorbilder der Antike tritt jetzt ein neues Denken zutage, das mehr ist, als eine bloße Modeerscheinung. Es ist vielmehr eine wahre Wiedergeburt. Mit Beginn der Neuzeit schwindet die Bedeutung des christlichen Menschenbildes in der Staatsphilosophie. An seine Stelle tritt in der Renaissance ein starkes Interesse an den Handlungsmotiven, Leidenschaften, Tugenden, aber auch an den Lastern der Menschen. Es ist die Stunde des anthropologischen Realismus. Willensstarke Persönlichkeiten, sog. Renaissance-Menschen wie Cesare Borgia, beherrschen das Geschehen.

Zwar klingt die Einschätzung der Renaissance durch Friedrich Nietzsche in unseren Ohren ein wenig zu euphorisch: „Befreiung des Gedankens, Missachtung der Autoritäten, Sieg der Bildung über den Dünkel der Abkunft, Begeisterung für die Wissenschaft und die wissenschaftliche Vergangenheit der Menschen, Entfesselung des Individuums, eine Glut der Wahrhaftigkeit und Abneigung gegen Schein und bloßen Effekt".[*6]

Den inneren Kern dieses neuen Zeitalters trifft Nietzsche damit aber durchaus. Die „Begleiterscheinungen" dieser Zeit – Intrigen, Betrug, Landraub bis hin zu Mord und Totschlag – schrecken den radikalen Philosophen ohnehin nicht.

Machiavellis Machtstaat

Nietzsche fühlt sich geradezu als „Seelenverwandter" des Florentiner Staatsdenkers Niccoló Machiavelli (1469–1527), dessen Name zum Inbegriff des rücksichtslosen Machtgebrauchs durch die Herrschenden geworden ist. Florenz ist zu dieser Zeit nicht nur der „erste moderne Staat der Welt", wie Jacob Burckhardt festgestellt hat, sondern Machiavelli ist auch der erste Protagonist des modernen Staates. Für Machiavelli ist die Renaissance in erster Linie eine Wiedergeburt der antiken Staatskunst. Er ist der Erste, der zu Beginn der Neuzeit eine Kunstlehre des Erwerbs und der Erhaltung der Macht entwickelt hat. Machiavelli kann also durchaus als Wegbereiter des modernen Territorialstaates gelten. In seinem Buch Machtstaat

4 R. Voigt (3. Auflage). Den Staat denken. Der Leviathan im Zeichen der Krise. Baden-Baden: Nomos 2014.

5 R. König. Niccolò Machiavelli. Zur Krisenanalyse einer Zeitenwende. Erlenbach/Zürich: Rentsch 1941.

6 F. Nietzsche (Hrsg. von K. Schlechta) Werke in drei Bänden. München: Hanser 1956.

und Utopie schreibt Gerhard Ritter dazu: „Indem er so den Machtkampf in den Mittelpunkt alles politischen Geschehens rückte und den Krieg als die Stunde der Bewährung echter virtù feierte, schuf er den Prototyp moderner Staatslehre: eine politische Theorie, die den Bedürfnissen der neu heraufkommenden großen nationalen Machtstaaten des europäischen Festlandes aufs Beste entsprach".[*7]

Auch heute noch trifft der Vorwurf, ein Machiavellist zu sein, einen Politiker bis ins Mark. Selten hat ein Staatsdenker die Gemüter so erhitzt und die Meinungen so polarisiert wie Machiavelli. Offenbar hat er bereits im 16. Jahrhundert den Finger in eine Wunde gelegt, die immer noch nicht verheilt ist. Raymond Aron (1905-1983) bringt Machiavellis bleibende Leistung aus sozialpsychologischer Perspektive auf den Punkt: „Im Machiavellismus offenbart sich das Bemühen, die Heucheleien der gesellschaftlichen Komödie schonungslos aufzudecken. Er legt die Gefühle bloß, die die Menschen tatsächlich bewegen, erfasst die echten Konflikte, die das Gefüge des geschichtlichen Werdens bilden, und zeichnet ein ungeschminktes Bild von dem wirklichen Zustand der Gesellschaft".[*8]

Machiavelli ist der grundlegende Theoretiker der Verselbständigung des Politischen zum Staat. An die Stelle der mittelalterlichen Wertrationalität setzt er die neuzeitliche Zweckrationalität. Die politischen Erfahrungen, die er über viele Jahre als hoher Staatsbeamter der Republik Florenz gesammelt hat, hat er in so bedeutenden Werken wie „Der Fürst" („*Il Principe*"), „*Discorsi*" (Gedanken über Politik und Staatsführung) und „Die Kunst des Krieges" („*Arte della Guerra*") niedergelegt. Zur Erhaltung der Existenz und Sicherheit seiner Heimatstadt und seines Vaterlandes ist ihm jedes Mittel Recht. „Wo es sich um Sein oder Nichtsein des Vaterlandes handelt, darf nicht in Betracht kommen, ob etwas gerecht oder ungerecht, menschlich oder grausam, löblich oder schändlich, man muss vielmehr mit Hintansetzung jeder Rücksicht die Maßregeln ergreifen, die ihm das Leben retten und die Freiheit erhalten".[*9]

Machiavelli ist freilich ein Mann des 16. Jahrhunderts. Die Frage liegt also nahe: Was haben das 16. und – bleiben wir zunächst dabei stehen – das 20. Jahrhundert miteinander zu tun? Folgt man dem französischen Wirtschaftshistoriker Henri Hauser, dann war die Modernität des 16. Jahrhunderts die „*préfiguration*", also die Vorwegnahme des 20. Jahrhunderts.[*10] Tatsächlich finden sich die Anfänge des Handelskapitalismus (kaufmännisches Rechnen, Kreditbriefe etc.) in den oberitalienischen Stadtrepubliken, zu denen auch das Florenz Machiavellis gehört. Der amerikanische Wirtschaftshistoriker Immanuel Wallerstein analysiert in seinem dreibändigen Werk „Das moderne Weltsystem" sehr gründlich die Entstehung der kapitalistischen Weltwirtschaft.[*11] Nicht zufällig lautet der Untertitel des Ersten Bandes: „Die Anfänge kapitalistischer Landwirtschaft und die europäische Weltökonomie im 16. Jahrhundert". Hier – nämlich im 16. Jahrhundert – beginnt also der Kapitalismus; und Kapitalismus ist – wie Jean-François Lyotard (1924–1998) sagt – einer der Namen der Moderne.

Bodins Souveränität

Einen weiteren unverzichtbaren Baustein zu der „Architektur" des modernen States liefert der französische Parlamentsjurist Jean Bodin (1529–1596). Bodin, selbst Hugenotte, kann sich nur durch einen Sprung aus dem Fenster retten, als auf Befehl von Caterina de' Medici in der sog. Bartholomäusnacht tausende Hugenotten ermordet werden. Bodin ist zwar nicht der Erfinder, wohl aber der Verkünder der Souveränität. Die theoretischen Grundlagen für das Souveränitätsdenken legt er vier Jahre nach dem Massaker in seinen Sechs Büchern vom Staat (1576) nieder: „Unter der Souveränität ist die dem Staat eigene, absolute und zeitlich unbegrenzte Gewalt zu verstehen […]".[*12]

Unter Souveränität versteht er die *summa potestas*, die allumfassende Macht des Staates über seine Untertanen. Vor dem Hintergrund des Religionskonflikts in Frankreich hat Bodin die Souveränität dem Monarchen zugeschrieben, um dessen Position im Bürgerkrieg zu stärken. Der Monarch garantiert zugleich die Existenz und den Bestand des Staates. Seine wichtigste Aufgabe ist die Herstellung und Aufrechterhaltung des inneren

7 G. Ritter. Machtstaat und Utopie. Vom Streit um die Dämonie der Macht seit Machiavelli und Morus. 4. Aufl. München/Berlin: Oldenbourg 1943.

8 R. Aron. Hauptströmungen des modernen soziologischen Denkens. Reinbek b. Hamburg: Rowohlt 1979.

9 N. Machiavelli. Hauptwerke. Discorsi, III (41). Köln 1990, S. 384.

10 H. Hauser. Les origines historiques des problèmes économiques actuels. Paris: Vuibert 1930.

11 I. Wallerstein. Das moderne Weltsystem I–IV. Wien: Promedia 2012.

12 J. Bodin. Sechs Bücher über den Staat. Buch I, 2 Bände. München: Beck 1981, Kap. 8 S. 205.

Friedens, die Abwehr von Angriffen anderer Staaten sowie die Symbolisierung der staatlichen Einheit. Bei Bodin unterliegt die Souveränität allerdings naturrechtlichen und moralischen Bindungen (lois divines et naturelles). Souveränität, d.h. das ausschließliches Recht zur Letztentscheidung, ist danach unverzichtbare Voraussetzung des Staates. Der neuzeitliche Staat ist ohne diese grundlegende Kategorie nicht denkbar.

Aus dem sakral geweihten Träger einer Krone wird bei Bodin ein souveränes Staatsoberhaupt. Bodin selbst formuliert aber bereits eindeutig dessen Begrenzungen: Der souveräne Fürst ist nicht befugt, „die Grenzen der Naturgesetze und des Gesetzes Gottes [...] zu überschreiten [...]".*[13] Verletzt der Souverän diese Grundsätze, dürfen die Untertanen ihm den Gehorsam verweigern. Freilich dauert es noch einmal fast ein Dreivierteljahrhundert, bis sich die Souveränitätsidee in Europa allgemein durchsetzt. Und dazu bedarf es – wie so oft – zunächst einer kriegerischen Katastrophe, die große Teile Europas verwüstet und seine Bevölkerung radikal dezimiert. Es ist der Dreißigjährige Krieg (1618–1648), an dessen Ende die sog. „Westfälische Ordnung" steht. Im Westfälischen Frieden von 1648 wird allen als „souverän" anerkannten Staaten in Europa die Souveränität zugestanden. Das schließt auch das Recht des Souveräns ein, Krieg zu führen („*Jus ad bellum*").

Hobbes' Leviathan

Zu der Zeit von Thomas Hobbes (1588–1679) herrscht in England eine teils offen ausgetragene, teils unterschwellige Krise. Fortgesetzte soziale und politische Auseinandersetzungen, die entlang der religiös-konfessionellen Trennungslinien verlaufen, erschüttern das Land. Der seit langem schwelende Konflikt zwischen Krone und Parlament findet seinen Höhepunkt im Bürgerkrieg zwischen 1642 und 1649. Hobbes erlebt die Wirren ungesicherter politischer Verhältnisse schmerzlich am eigenen Leibe. Aus Furcht vor den Nachstellungen der Parlamentspartei flieht er nach Frankreich, wo er auch den *Leviathan* schreibt. Kein Wunder also, dass Hobbes' gesamtes politisches Denken von der Situation des Bürgerkriegs geprägt ist, die für ihn zum Schlüsselerlebnis wird. Dabei klammert Hobbes bewusst die kritische Frage der Glaubens- und Gewissensfreiheit aus, indem er diese einem autonomen Bereich der Innerlichkeit zuweist. Er entkoppelt also die konfessionell neutrale politische Bürgerrolle von der subjektiven Dimension der Überzeugungen, Glaubensbekenntnisse und Weltanschauungen des Einzelnen, um den Glaubenskrieg zu verhindern. Gleichzeitig gesteht er dem Staat das Recht zu festzulegen, welchem äußerlichen Ritus jeder Untertan zu folgen hat. So gesehen ist der Staat bei Hobbes, der dem Denken des Absolutismus verpflichtet bleibt, ein Macht- und Sicherheitsstaat.

Um den Kampf Aller gegen Alle zu beenden, schließen die Menschen einen Vertrag, der die Gesellschaft befrieden soll: „Hierin liegt das Wesen des Staates, der [...] eine Person ist, bei der sich jeder Einzelne einer großen Menge durch gegenseitigen Vertrag eines jeden mit jedem zum Autor ihrer Handlungen gemacht hat, zu dem Zweck, dass sie die Stärke und Hilfsmittel aller so, wie sie es für zweckmäßig hält, für den Frieden und die gemeinsame Verteidigung einsetzt. Wer diese Person verkörpert, wird souverän genannt und besitzt, wie man sagt, höchste Gewalt und jeder andere daneben ist sein Untertan".*[14]

Freilich wird dieser Vertrag nicht wirklich abgeschlossen, sondern ist eine bloße Fiktion. Genauer: Er ist eine legitimationstheoretische Konstruktion, mit der das Gewaltmonopol des Staates begründet werden soll. Im Stadium der Staatsbildung tritt die Einsicht, dass es aus Gründen der Sicherheit für Alle notwendig sei, zugunsten einer souveränen staatlichen Gewalt auf politische Eigenrechte zu verzichten. Die Staatsbürger sehen die Handlungen des Souveräns als ihre eigenen an. Die Omnipotenz des Staates ist allerdings nicht voraussetzungslos, sie ist vielmehr an die allgemeine Wohlfahrt, an Ruhe, Sicherheit und Schutz im Innern wie nach außen rückgebunden. Der Schutzpflicht des Staates korrespondiert die Gehorsamspflicht der Bürger. Der Staat ist bei Hobbes gleichermaßen Maschine, Mensch und Übermensch. Er ist „die Maschine der Maschinen, die *machina machinarum*, ein aus Menschen zusammengesetzter Übermensch, der durch menschlichen Konsens zustande kommt und doch in dem Augenblick, in dem er da ist, jeden menschlichen Konsens übersteigt".*[15]

---

13 J. Bodin (Fn. 12), S. 235.

14 T. Hobbes (Hrsg. von I. Fetscher). Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates. 5. Aufl. Frankfurt a. Main: Suhrkamp 1992, S. 135.

15 C. Schmitt. Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines Symbols. Stuttgart: Klett-Cotta 1982, S. 103.

Hobbes' *Leviathan* (1651) steht in einer Traditionslinie mit Machiavellis *Principe*. Bei Hobbes wird aus dem souveränen Monarchen allerdings der „sterbliche Gott", dem fortan einander „gleiche" Untertanen, die zu Gunsten des Monarchen auf ihre gesamte Macht verzichtet haben, gegenüberstehen. Hobbes führt als Erster die Trennung zwischen dem Staat als einer abstrakten Einheit („künstliche Person") und der Person des Herrschers ein. Das spezifisch Moderne an seiner Staatstheorie ist das gegenseitige Bedingungsverhältnis von Staat und Gesellschaft. Die Legitimationsgrundlage für den Staat ist nicht mehr göttlicher Wille, sondern der Wille der Bürger als Gesamtheit.

Nur wenigen Klassikern der Staatsphilosophie ist es wie Hobbes gelungen, dank seiner Originalität, Radikalität und Konsequenz Ideen und Prinzipien zu entwickeln, die bis heute die Diskussion und den normativen Gehalt von Staatlichkeit bestimmen. Mit Hobbes löst sich die Neuzeit radikal von der Gleichsetzung des Natürlichen und des Politischen, die für Platon noch selbstverständlich war. Dazu gehört etwa die auch wichtige Erkenntnis, dass der Mensch, um auf Dauer überhaupt unter seinesgleichen existieren zu können, den Staat als institutionalisierte politische Ordnung braucht. Hauptaufgabe des Staates ist – nach Hobbes – der Schutz seiner Bürger. Dabei handelt es sich drei Schutzgüter unterschiedlichen Ranges:

- Schutzgut 1. Ordnung ist der Schutz des Lebens;
- Schutzgut 2. Ordnung ist der Schutz der menschlichen Würde;
- Schutzgut 3. Ordnung ist der Schutz der Freiheit des Individuums.

Lockes liberaler Staat

John Locke (1632–1704) symbolisiert den Geist seiner Zeit, den intellektuellen und programmatischen Aufbruch der europäischen Welt. Er hat das Glück, in wohlhabenden Verhältnissen aufzuwachsen und nicht – wie Hobbes – in ständiger Angst vor dem Bürgerkrieg leben zu müssen. Wegen seiner radikalen Ansichten muss er aber schließlich doch seine Heimat verlassen. Als einer der Vordenker der Aufklärung beschreibt er den Naturzustand ganz anders als Hobbes. Hier „herrscht ein natürliches Gesetz, das für alle verbindlich ist", niemand soll einem Anderen „an seinem Leben, seiner Gesundheit, seiner Freiheit oder seinem Besitz Schaden zufügen".[*16]

Der Naturzustand ist ein friedlicher Zustand, in dem jeder sein eigener Richter und Vollstrecker ist. Es existiert kein Staat, keine Gesetzgebung von Menschenhand. Allerdings ist dieser Idealzustand angesichts der menschlichen Triebnatur so nicht auf Dauer aufrecht zu erhalten. Die Menschen streben – verständlicherweise – nach Lust, Glück und Besitz, so dass das Eigentum der Bürger höchst unsicher ist, wenn es keine Gewalt gibt, die das allgemeine Gesetz vollstreckt. Lockes Rezept gegen diese Unsicherheit besteht darin, dass sich eine Anzahl von Menschen verbindlich darauf verständigt, „dass jeder seines Rechtes, das Naturgesetz zu vollstrecken, entsagt", um „einen einzigen politischen Körper unter einer einzigen höchsten Regierung zu bilden".

Die Ermächtigung des Einzelnen an die Gesellschaft (*civil society*), ihm Gesetze zu geben, „versetzt die Menschen aus dem Naturzustand in ein Staatswesen". Die Legislative ist die souveräne Gewalt, die „Seele, die dem Staatswesen Form, Leben und Einheit verleiht".[*17] Nur sie besitzt das Recht, „zu bestimmen, wie die Macht des Staates zur Erhaltung der Gemeinschaft und ihrer Glieder gebraucht werden soll".[*18] Eine absolute Herrschaft lehnt Locke hingegen strikt ab. Mit dem Gesellschaftsvertrag will Locke vor allem Freiheit und Eigentum als unveräußerliche Grundrechte der Individuen schützen. Dabei knüpft er an die traditionelle Naturrechtslehre an, nach welcher der Mensch ethisch-moralischen Bindungen auch beim Gebrauch der Vernunft unterliegt. Lockes Staat ist die Institutionalisierung des natürlichen Rechts auf Durchsetzung angeborener Freiheits-, Gleichheits- und Eigentumsrechte. Dazu gehört auch die Trennung von weltlicher und geistlicher Macht. Neu ist an seiner Vertragskonstruktion vor allem, dass zunächst der Gesellschaftsvertrag und anschließend ein Staatsvertrag geschlossen werden.

Den Absolutismus von Hobbes und vor allem die diesem zugrunde liegenden Annahmen hat Locke heftig kritisiert: „Als ob die Menschen, als sie den Naturzustand verließen und sich zu einer Gesellschaft vereinigten, übereingekommen wären, dass alle, mit Ausnahme eines Einzigen, unter dem Zwang von Gesetzen stehen,

16 J. Locke (Hrsg. von W. Euchner). Zwei Abhandlungen über die Regierung. Frankfurt a. Main 1977, S. 6 *ff.*

17 J. Locke (Fn. 16), S. 161.

18 *Ibid.*, S. 111.

dieser eine aber alle Freiheit des Naturzustandes behalten sollte, die sogar noch durch Gewalt vermehrt und durch Straflosigkeit zügellos gemacht wurde! "[*19] Der Lockesche Bürger ist also in gewisser Weise „moderner" und „*cleverer*" als der Hobbessche Bürger, denn er verlangt nicht nur Sicherheit, sondern darüber hinaus auch Rechtsverwirklichung.[*20] Zudem hat er die Fähigkeit zum Selbstdenken und Selbsturteilen. Freilich existieren – nach Locke – keine angeborenen Ideen und Prinzipien, auf die sich der Mensch unhinterfragt verlassen könnte. Immerhin steht ihm ein eingeschränktes Widerstandsrecht für den Fall zu, dass der Souverän seine Vertragspflichten, nämlich Leben, Freiheit und Eigentum der Bürger zu schützen, nicht erfüllt.

Locke, der selbst öffentliche Ämter bekleidet hat, gehört der britischen Elite an. Er ist nicht unmaßgeblich daran beteiligt, die „Whigs" als Gegengewicht zu den „Torries" zu begründen. Deren Vorstellung von einem göttlichen Herrscherrecht der Könige bekämpft Locke nicht nur politisch, sondern auch mit Hilfe seiner *Abhandlungen über die Regierung*. Sein Gewaltenteilungsprinzip, das später von Montesquieu weiter entwickelt worden ist, sieht eine Aufteilung der Staatsgewalt in Legislative und Exekutive vor. Die gesetzgebende Gewalt nehmen Repräsentanten des Bürgertums wahr, die ausführende Gewalt liegt in den Händen der Krone. Zugleich führt Locke das Mehrheitsprinzip ein, wobei er den Beschluss der Mehrheit mit der Übereinkunft Aller gleichsetzt. Der Staatskörper kann sich notwendigerweise nur in eine Richtung bewegen, dorthin nämlich, „wohin die größere Kraft treibt – und das ist die Übereinkunft der Mehrheit". Der Widerstand gegen seine radikale Lehre formiert sich und zwingt Locke schließlich – wie Hobbes – aus England zu fliehen, er findet in Holland Zuflucht. Seine politischen Schlussfolgerungen sind in der Tat revolutionär: Politische Macht beruht auf Verträgen, auf der Zustimmung der Mehrheit der Bürger; Gesetze, nicht Personen sollen herrschen. Nicht zu Unrecht gilt Locke heute als „Kronzeuge der bürgerlichen Freiheitsbewegung" und als „erster Prophet der liberalen Demokratie".

Montesquieus wechselseitige Machtkontrolle

Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu (1689–1755) ist ein französischer Philosoph, der als „Vater der Gewaltenteilung gilt. Sein Buch *Vom Geist der Gesetze* ist – nach Locke – der zweite Versuch, Bodins und Hobbes' auf Macht zentriertes Staatsverständnis unter liberalen Vorzeichen zu modifizieren".[*21] Legislative und Exekutive ergänzt Montesquieu um die Judikative. Vor allem seine Idee der wechselseitigen Machtkontrolle erzielt Wirkung bis hin zur amerikanischen Verfassung. Zwar ist auch für ihn die Souveränität unverzichtbares Merkmal der Staatlichkeit, Hobbes' Herrschaftsmodell lehnt er aber ab: „Es ist nicht vernünftig, wenn Hobbes den Menschen von Anfang an die Begierde nach Unterjochung beilegt".[*22]

Einen Gesellschaftsvertrag sieht Montesquieu freilich nicht vor. Es gibt aber gesetzmäßige Vereinigungen von Menschen (*gouvernements*), in denen die Menschen sich zusammengeschlossen haben und in denen politische Freiheit herrscht. Dabei unterscheidet er drei gesetzmäßige Vereinigungen: In der Monarchie liegt die gesetzmäßige Macht in den Händen eines Einzelnen, ihr Prinzip ist die Ehre; Prinzip der aristokratischen Republik ist die Mäßigung. Und – an Cicero und Machiavelli anknüpfend – wird der demokratischen Republik das Prinzip der Tugend zugeordnet. Gesetze verbinden die getrennten Sphären miteinander, die religiöse Sphäre mit der weltlichen und die Menschen untereinander. Das Alles dient einem Zweck, nämlich der Verbindung von Freiheit und Sicherheit: „Die politische Freiheit des Bürgers ist jene Ruhe des Gemüts, die aus dem Vertrauen erwächst, das ein jeder zu seiner Sicherheit hat. Damit man diese Freiheit hat, muss die Regierung so eingerichtet sein, dass ein Bürger den anderen nicht zu fürchten braucht".[*23]

Gemeinhin wird Montesquieu so verstanden, als habe ihn in erster Linie das Misstrauen gegenüber der Allmacht des Staates inspiriert. Das Schlüsselwort der politischen Philosophie Montesquieus ist in der Tat Macht. Vor allem der absoluten Macht steht Montesquieu äußerst kritisch gegenüber. Der Besitz von Macht erzeugt das Bedürfnis nach immer mehr Macht. Mit dieser Machtgier korrespondiert eine Tendenz zum Machtmissbrauch. Der Macht müssen also durch das Recht Fesseln angelegt werden, um so die Legitimität

19 *Ibid*., S. 258.

20 W. Kersting. Politik und Recht. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie. Weilerswist: Velbrück Wiss. 2000, S. 402 *ff*.

21 C.-L. de Montesquieu (Hrsg. von K. Weigand). Vom Geist der Gesetze. Stuttgart: Reclam 1965.

22 *Ibid*., S. 101.

23 *Ibid*., S. 215.

der staatlichen Strukturen zu gewährleisten und die Freiheit zu sichern. Ohne Recht führt Macht hingegen zu einer despotischen Gewaltherrschaft. Montesquieu kritisiert also nicht politische Macht schlechthin, sondern lediglich die Auswüchse der Macht. Diese Macht sieht er aber nicht in der herkömmlichen Weise, von oben nach unten bzw. vom Zentrum zur Peripherie wirken, sondern sie ist beweglich und an verschiedenen Orten der Gesellschaft situiert. „Die Macht hat keine Ursache, sie liegt in der Organisation einer politischen Gesellschaft selbst begründet, in ihren Sitten, in der Gültigkeit ihrer Gesetze, in ihren Institutionen, in ihrer Verfassung". Nicht gegenüber der Gesellschaft als Ganzes ist Montesquieu misstrauisch, umso mehr aber gegenüber ihren einzelnen Mitgliedern: „Einzeln genommen sind die Menschen zwar Spitzbuben, als Menge aber recht ehrbare Leute". „Menge" versteht er dabei noch nicht im modernen Sinne als negativ konnotierte „Masse", sondern er hat dabei das – als positiv angesehene – verfasste und organisierte Volk im Blick.[*24] Montesquieu selbst spricht nicht von einer Teilung (*séparation*) der Gewalten, sondern von Verteilung (*distribution*).

Unter Rückgriff auf Locke entwickelt Montesquieu bereits 1748 das Konzept der Machtverteilung, in dem sich die zwar unterschiedenen, aber doch aufeinander bezogenen Mächte wechselseitig „mäßigen" sollen. Ein zweites Modell soll der Vermittlung zwischen souveräner Macht und Volk dienen: die Zwischengewalten (*pouvoirs intermédiaires*), „Vermittlungskanäle, durch welche die Macht fließt".[*25] Diese Mittlerfunktion sollen Adel, Gutsherren, Klerus und Städte wahrnehmen. Der Religion weist Montesquieu eine sozialisierende Funktion zu, die geeignet sei, aus den Menschen gute Staatsbürger zu machen. Und schließlich entwirft er auf der Basis der Mischverfassungsidee das Bild einer konstitutionellen Monarchie. Montesquieus Ziel ist ein durch ein kluges konstitutionelles Arrangement charakterisiertes „maßvolles" Regime, in dem er die Freiheit des Einzelnen am besten gewährleistet sieht. Worin besteht nun diese Freiheit?

„In einem Staat, das heißt in einer mit Gesetzen ausgestatteten Gesellschaft, kann Freiheit lediglich bedeuten, dass man zu tun vermag, was man wollen soll, und nicht zu tun gezwungen ist, was man nicht wollen soll".[*26] Montesquieu versteht unter Freiheit also letztlich dasselbe wie unter Gesetzlichkeit. Die auf Montesquieu zurückzuführende Staatsphilosophie ist Teil einer Denkbewegung, die von der „Wiedererweckung des republikanischen Gedankens in der Renaissance ihren Ausgang nimmt und bis zu den Gründungsvätern der Vereinigten Staaten von Amerika gewirkt hat" und der auch Montesquieus größter Schüler Tocqueville angehört.

Rousseaus Gesellschaftsvertrag

Ein Jahrhundert nach Hobbes legt der Genfer Philosoph Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) sein Hauptwerk *Du Contrat Social* vor,[*27] das gleich nach seinem Erscheinen in Amsterdam im Jahre 1762 in Frankreich, den Niederlanden, in Genf und Bern verboten wird. Rousseau gilt als Ahnherr der direkten Demokratie, der mit seinen Ideen von Naturzustand, Souveränität, Gesellschaftsvertrag und Gemeinwille für Furore gesorgt hat. Auf einer ähnlichen Grundlage wie Hobbes will Rousseau mit dem Gesellschaftsvertrag eine absolute Gemeinschaft begründen, sein Staat (*corps politique*) soll aber gerade nicht absolut oder gar absolutistisch sein. Der Leitgedanke ist vielmehr, dass der Vertrag keinen Verzicht auf Freiheit, sondern im Gegenteil deren Garantie enthalten müsse. Der Einzelne ist Souverän und Untertan zugleich, er gehorcht nur sich selbst. Die Frage ist allerdings, wie das bewerkstelligt werden soll, was jeder politischen Erfahrung widerspricht. Für Rousseau ist Herrschaft nur in der Form der direkten Demokratie vorstellbar, in der die Bürger über sich selbst herrschen. Die Vertragschließenden konstituieren sich danach als Allgemeinheit und setzen sich selbst als Souverän ein. So entsteht aus den Individuen ein „Staatskörper": „Jeder von uns unterstellt gemeinschaftlich seine Person und seine ganze Kraft der obersten Leitung des Gemeinwillens, und wir nehmen als Körper jedes Glied als untrennbaren Teil des Ganzen auf".[*28]

Aber was versteht Rousseau unter dem Staat? In der Antwort auf diese Frage werden erstaunliche Parallelen zu Hobbes' *Leviathan* sichtbar. Auch Rousseaus Staat ist ein Lebewesen, das eine umfassende Persönlichkeit (*moi commun*) besitzt: „Der Staat kann, individuell gefasst, als ein organisierter, lebender

24 *Ibid*., S. 5.

25 *Ibid*., S. 114 *ff*.

26 *Ibid*., S. 3.

27 J.-J. Rousseau. Der Gesellschaftsvertrag (*Contrat social*). Frankfurt a. Main: Insel 1978.

28 *Ibid*., S. 7.

Körper betrachtet werden, der dem des Menschen ähnelt. Die souveräne Macht stellt den Kopf dar; die Gesetze und die Gebräuche sind das Hirn, der Ursprung der Nerven und der Sitz der Erkenntniskraft, des Willens und der Sinne; Richter und Staatsbeamte sind seine Organe; der Handel, die Gewerbe und die Landwirtschaft sind der Mund und der Magen, die für den gemeinsamen Lebensunterhalt sorgen; die öffentlichen Finanzen sind das Blut, das eine weise Ökonomie, indem sie die Funktionen des Herzens wahrnimmt, durch den ganzen Körper sendet, um Nahrung und Lebenskraft zu verteilen; die Staatsbürger sind der Körper und die Glieder, die die Maschine in Bewegung setzen und am Leben erhalten und arbeiten lassen und die man an keiner Stelle verletzten könnte, ohne dass die schmerzhafte Empfindung sogleich zum Gehirn gelangte, wenn das Tier sich im Zustand der Gesundheit befindet".[*29]

Der Gemeinwille (*volonté générale*) ist die Quelle der Gesetze und die Richtschnur für Recht und Unrecht, sein Zweck ist die Verwirklichung des Gemeinwohls. Zwar sieht Rousseau auch Legislative und Exekutive vor, erkennt diesen aber nur sehr eingeschränkte Befugnisse zu. „Jedes Gesetz, das das Volk nicht beschlossen hat, ist nichtig; es ist überhaupt kein Gesetz".[*30] Die Legislative existiert nicht in Form einer repräsentativen Demokratie, sondern das Volk („*peuple*") bringt seinen Gemeinwillen auf direktem Wege in Referenden zum Ausdruck, wie dies heute noch charakteristisch für die Schweizer Demokratie ist. Die Abgeordneten sind lediglich Beauftragte, die nicht endgültig beschließen können. Denn das Volk ist ausschließlicher Träger der Souveränität, die nicht veräußerbar, nicht teilbar und nicht übertragbar ist.

Diese Erkenntnis verstärkt Emmanuel de Sieyès (1748–1836), der Theoretiker der Französischen Revolution, in seinem Pamphlet „Was ist der Dritte Stand?" (1789). Er stellt klar, dass nur die Regierung, nicht aber das Volk an die Verfassung gebunden sei.[*31] Die verfassunggebende Gewalt „kann nicht übertragen, nicht veräußert, nicht absorbiert oder konsumiert werden. Sie bleibt als Möglichkeit immer vorhanden und steht neben und über jeder aus ihr abgeleiteten Verfassung […]".[*32]

Kants Vernunftstaat

Immanuel Kant (1724–1804) gehört zu den bedeutendsten Vertretern der abendländischen Philosophie. Vor allem sein Werk „Kritik der reinen Vernunft" (1781) gilt als Beginn der modernen Philosophie.[*33] Die Staatsauffassung des Königsberger Philosophen ist von der Aufklärung geprägt, die er als den „Ausgang des Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit" definiert. Freiheit und Moral bedingen einander. Für Kant ist der Staat kein Instrument des menschlichen Interesses, das technisch notwendig ist, um übergreifende wichtige Ziele zu verwirklichen, welche die Menschen allein und auf sich gestellt nicht erreichen könnten. Der Staat ist vielmehr eine „kategorische Forderung des Rechtsgesetzes der reinen praktischen Vernunft".[*34] Der Vertrag nimmt für Kant den Charakter eines „normativen herrschaftsbegrenzenden Vernunftprinzips" gewissermaßen als „staatsrechtliches Gegenstück" zum kategorischen Imperativ an. („Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde"). Damit entmythologisiert Kant zugleich die Vertragstheorie. Jeder konkrete Staat ist gehalten, seine Herrschaft so zu organisieren, „als ob sie dem gemeinschaftlichen Willen einer vertraglich entstandenen Vereinigung entstammen würde".

Nach Kant ist ein Staat „die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. Sofern diese als Gesetze *a priori* notwendig, d.i. aus Begriffen des äußeren Rechts überhaupt von selbst folgend sind, ist seine Form die Form eines Staats überhaupt, d.i. der Staat in der Idee, wie er nach seinen Rechtsprinzipien sein soll, welcher jeder wirklichen Vereinigung zu einem gemeinen Wesen (also im Innern) zur Richtschnur dient".[*35] „Die gesetzgebende Gewalt kann nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen". Um auszuschließen, dass einem Menschen durch das Gesetz Unrecht getan wird, muss sichergestellt sein, dass der Mensch über sich selbst beschließt. „Also kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, sofern

29 J.-J. Rousseau. Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit. – H. Ritter (Hrsg.). Jean-Jacques Rousseaus Schriften. Stuttgart 1978, S. 165 *ff.*

30 J.-J. Rousseau (Fn. 27), S. 404.

31 E. de Sieyès (Hrsg. von E. Schmitt). Politische Schriften. Darmstadt/Neuwied: Luchterhand 1975, S. 167.

32 C. Schmitt. Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot 1928, S. 91.

33 I. Kant. Kritik der reinen Vernunft. Stuttgart: Reclam 1986.

34 W. Kersting (Fn. 19), S. 405.

35 I. Kant. Metaphysik der Sitten. Leipzig: Meiner 1945, S. 135.

ein jeder über alle und alle über einen jeden eben dasselbe beschließen, mithin nur der allgemein vereinigte Volkswille gesetzgebend sein".[*36]

Allerdings handelt es sich bei diesem von Kant unterstellten „vereinigten Volkswillen" um einen hypothetischen Konsens der Bürger. Jeder Herrscher darf seine Macht nur so ausüben, als ob sie einer vertraglichen Vereinbarung entstammen würde. Kant macht bei der Formulierung seiner Staatsauffassung Anleihen bei Hobbes und Rousseau. Kant ersetzt aber Hobbes' Nützlichkeitserwägungen durch den kategorischen Imperativ der Vernunft. Der amerikanische Philosoph John Rawls (1921–2002) hat mit seinem Hauptwerk „Eine Theorie der Gerechtigkeit" (1971) Kants Gedanken weiterentwickelt.[*37] Rawls Theorie basiert auf Grundsätzen, die vernünftige Menschen „in diesem Zustand der Gleichheit aufstellen würden, um die Grundbedingungen ihrer Freiheit festzulegen".

Hegels Idealstaat

Während Kant die formalen Prozeduren von Rechtsstaat und politischer Demokratie in den Vordergrund rückt, geht es bei Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831) vor allem um die einheitsstiftenden Kräfte. Das Verhältnis des Einzelnen zum Staat ist von einer besonderen Gesinnung erfüllt, dem Patriotismus. Dieser wirkt im inneren Staatsleben als belebendes Element für die vernünftige Verfassung; bei der Betätigung des Staates nach außen ist hingegen die Weltgeschichte das Weltgericht. Tatsächlich ist für Hegel der Staat die Wirklichkeit der sittlichen Idee. Grundsätzlich geht es also um die Idee und nicht unbedingt um einen real existierenden Staat. Hegels Idealstaat verwirklicht zugleich die menschliche Freiheit und das Prinzip der Vernunft. Aber wie erkennt man diese „Wirklichkeit"? Dieser Vorgang vollzieht sich bei Hegel in drei Stufen:

1. Im Recht werden alle Willensverhältnisse rein abstrakt geregelt; um die Beweggründe des Einzelnen geht es dabei noch nicht;
2. Bei der Moralität geht es um die innerliche Bestimmung von Gut und Böse;
3. Die Sittlichkeit verbindet die subjektive Innerlichkeit der Moral mit der äußerlichen Geltung des Rechts zur „substantiellen Idee der Freiheit".

Mit dem Staat ist die höchste Stufe der Sittlichkeit erreicht. Jeder Mensch braucht daher den Staat: „Die vernünftige Bestimmung des Menschen ist, im Staate zu leben. [...] Es ist falsch, wenn man sagt, es sei in der Willkür aller einen Staat zu gründen: es ist vielmehr für jeden absolut notwendig, dass er im Staate sei".[*38]

Hegel wendet sich also dezidiert gegen den von Hobbes beschriebenen Naturzustand als Krieg Aller gegen Alle, der erst durch den allmächtigen Leviathan beendet werden kann. Vielmehr wird hier die gedankliche Verbindung zu Aristoteles sichtbar, der formuliert: „Man sieht also, dass der Staat sowohl von Natur besteht, wie auch früher als der Einzelne. Denn wenn sich der Einzelne in seiner Isolierung nicht mehr genügt, so muss er sich zum Staate ebenso verhalten, wie andere Teile zu dem Ganzen, dem sie angehören. Wer aber nicht in Gemeinschaft leben kann, oder ihrer, weil er sich selbst genug ist, nicht bedarf, ist kein Glied des Staates und demnach entweder ein Tier oder ein Gott".[*39]

Das in der Gesellschaft vereinzelte Individuum muss mit seinen Handlungen – nach Hegel – in die Sittlichkeit von Volk und Staat eingebettet werden. Hier spielt bei Hegel die Einheit des „Volksgeistes" als lebendige organische Einheit von Einzel- und Allgemeinwille eine wichtige Rolle. „Die wahre Bedingung für die Weltgeschichte ist, dass Staaten sind. Das Werden dieser Staaten liegt vor der Weltgeschichte und fällt in eine Sagen- und Mythenzeit. Jenen früheren Zustand der noch nicht sich wissenden und setzenden Sittlichkeit haben die Völker als einen paradiesischen aufgefasst, weil das Allgemeine des Gedachten, die Objektivität des Gesetzes und die Wirklichkeit des Handelns und des Gemüts noch in unmittelbarer Einheit sind. Diese Einheit ist nun allerdings der Ausgangspunkt, und sie ist auch das Ziel".[*40]

36 I. Kant (Fn. 35), S. 136.

37 J. Rawls. Eine Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt a. Main: Suhrkamp 1979.

38 G. W. F. Hegel (Hrsg. von D. Henrich). Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/20 in einer Nachschrift. Frankfurt a. Main: Suhrkamp 1983, S. 283.

39 Aristoteles (Übersetzt von E. Rolfes). Politik. Hamburg: Meiner 1981, I, 2.

40 G. W. F. Hegel (Fn. 38), S. 283.

Hegel gelingt es erstmals, begrifflich-funktional zwischen „bürgerlicher Gesellschaft" einerseits und „Staat" andererseits zu unterscheiden. Die Kontroverse um die Existenz, die Bedeutung und die Wünschbarkeit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft spielt seither in der Staatsdiskussion eine wichtige Rolle. Für diese Diskussion sind vor allem die Arbeiten von Ernst-Wolfgang Böckenförde (geb. 1928) von zentraler Bedeutung, der als deutscher Staatsrechtslehrer und Verfassungsrichter großen Einfluss erlangt hat. Er hat stets dafür plädiert, die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft aufrechtzuerhalten, weil nur so die Freiheit gewahrt werden könne.[*41]

Marx: Vater der Revolution?

Ohne den Einfluss Hegels ist das Werk von Karl Marx (1818–1883) nicht zu verstehen. In der Auseinandersetzung mit Hegels abstraktem Staatsbegriff spitzt Marx seine Thesen zu. Er sieht im Staat lediglich ein Herrschaftsinstrument der Bourgeoisie. Marx geht davon aus, dass „Rechtsverhältnisse wie Staatsformen weder aus sich selbst heraus zu begreifen sind noch aus der sog. allgemeinen Entwicklung des menschlichen Geistes, sondern vielmehr in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln". Gegen Hegel gewandt verkündet er, dass nicht die Theorie für das Denken („Bewusstsein") entscheidend ist, sondern vor allem die Praxis. Er kritisiert das zu seiner Zeit herrschende (früh-)kapitalistische Wirtschaftssystem als Gewaltverhältnis, mit dessen Hilfe die Arbeiter – im Interesse der Kapitalisten – ausgebeutet und unterdrückt werden. Es sei daher notwendig, „alle Verhältnisse umzuwerfen, in denen der Mensch ein erniedrigtes, ein geknechtetes, ein verlassenes, ein verächtliches Wesen ist".[*42]

Friedrich Engels (1820–1895) hat den Zwangscharakter des Staates und seine politische Repressionsgewalt besonders im „Anti-Dühring" (1878) und in seiner Schrift „Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates" (1884) herausgestellt: „Der Staat ist also keineswegs eine der Gesellschaft von außen aufgezwungene Macht […]. Er ist vielmehr ein Produkt der Gesellschaft auf bestimmter Entwicklungsstufe; er ist das Eingeständnis, dass diese Gesellschaft […] sich in unversöhnliche Gegensätze gespalten hat, die zu bannen, sie ohnmächtig ist".[*43]

Die Aufforderung zur Revolution ist Marx und Engels später immer wieder von denen Einen zum Vorwurf gemacht, von Anderen ist sie als Handlungsanweisung für spätere Epochen angesehen worden. Marx' „Unglück" ist es, dass seine theoretischen Erkenntnisse in die politische Praxis rückständiger Gesellschaften, wie der russischen, übertragen worden sind. Der offizielle Marxismus eines Lenin oder Stalin hat durch einseitige Betonung und bewusste Umdeutung bestimmter, für die politische Praxis in der Sowjetunion „passender" Aspekte das Marxsche Werk mit einem ideologischen Ballast beschwert, der zunächst entfernt werden muss, um den bedeutenden Beitrag von Marx (und Engels) zur modernen Staatstheorie erkennen zu können. Gerade die Entwicklungen der jüngsten Zeit, die unter dem Stichwort „Globalisierung" diskutiert werden, zeigen, dass die Marxschen Erkenntnisse viel zum Verständnis des 21. Jahrhunderts beitragen können.

Jellineks Zwei-Seiten-Theorie

Bereits im Jahre 1900 hat Georg Jellinek (1851–1911) in seiner *Allgemeinen Staatslehre*, die zu Beginn des Jahrhunderts einen Kulminationspunkt der Staatslehre im deutschsprachigen Raum darstellt, postuliert: „Die wichtigste, auf menschlicher Willensorganisation beruhende soziale Erscheinung aber ist der Staat".[*44] Jellinek sieht den Staat nicht in erster Linie als Rechtsinstitut, sondern als „soziales Gebilde" und macht damit die Staatslehre zu einem Teilgebiet der in jener Zeit aufkommenden Sozialwissenschaften. Seine Zwei-Seiten-Theorie des Staates ist stilbildend geworden, von ihr zehrt die Staatsrechtslehre – trotz aller Kritik im Einzelnen – bis heute. Während die soziale Staatslehre das „natürliche Sein" des Staates zum Gegenstand hat, befasst sich die juristische Staatsrechtslehre mit den Rechtsnormen.

41 E.-W. Böckenförde. Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht. Frankfurt a. Main: Suhrkamp 1976, S. 185 *ff*.

42 K. Marx. Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. – K. Marx, F. Engels. Werke (MEW). Bd. I. Berlin (DDR): Dietz 1956, S. 385.

43 F. Engels. Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. Berlin (DDR): Dietz 1973.

44 G. Jellinek. Allgemeine Staatslehre. Darmstadt: Gentner 1959, S. 4.

Die großen Weimarer Staatsrechtslehrer knüpfen allerdings nur zum Teil an Jellineks Lehren an. Sie beziehen nicht nur wie Hermann Heller – gewissermaßen „regelwidrig" – die sozialwissenschaftliche Komponente in ihr Staatsrechtsdenken ein, sie greifen vielmehr auch auf den gesamten Fundus der theoretischen Philosophie der Neuzeit zurück. Das staatsphilosophische Nachdenken gewinnt dadurch eine „konzeptionelle Qualität und theoretische Konzentration wie später nie wieder". In ihren Staatslehren setzen sie sich eingehend und ausführlich mit methodischen und wissenschaftstheoretischen Fragen auseinander. Symptomatisch hierfür ist Jellinek selbst, der in seiner *Allgemeinen Staatslehre* allein rund 130 Seiten diesen Fragen widmet. Diese Selbstverständigung über die philosophischen Grundlagen erscheint den Staatsrechtslehrern dieser Zeit als ein „Gebot der Stunde", weil sie – übereinstimmend – davon ausgehen, dass die Staatslehre in eine Krise geraten ist und einer neuen Fundierung bedarf. Jellinek benennt drei Merkmale von Staatlichkeit, die auch heute noch verwendet werden: Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt.

Max Webers bürokratische Legalität

Max Weber (1864–1920) hat zwar keine eigene geschlossene Staatstheorie vorgelegt, die vorhandenen Theorien aber wesentlich beeinflusst. Er bezeichnet den Staat als Anstaltsstaat: „Staat soll ein politischer *Anstaltsbetrieb* heißen, wenn und soweit sein Verwaltungsstab erfolgreich das Monopol legitimen physischen Zwanges für die Durchführung der Ordnungen in Anspruch nimmt".[*45] Weber spricht dem Staat also das Gewaltmonopol zu und hat damit großen Einfluss auf das europäische Staatsdenken. Mit seiner Herrschaftssoziologie legt er weitere wichtige Grundlagen. Herrschaft ist – nach Weber – „die Chance, für einen bestimmten Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden". Der Unterschied zwischen einer Herrschafts- und einer Gewaltbeziehung liegt dabei in der Haltung der Beherrschten. Nur wenn bei diesen zumindest eine minimale Bereitschaft besteht, gehorchen zu wollen, handelt es sich um ein „echtes" Herrschaftsverhältnis.

Max Weber hat für die rationale Herrschaft, die für den okzidentalen Staat typisch ist, drei Formen herausgearbeitet, die traditionale, die charismatische und die legal-bürokratische Legitimation.[*46] Während die traditionale Herrschaft an die „Heiligkeit" der überlieferten Ordnung geknüpft ist, bezieht sich die charismatische Herrschaft auf die persönliche Ausstrahlung („Charisma") eines Führers und die Hingabe der Menschen an diese Person. Demgegenüber ist die Geltungsgrundlage für die legal-bürokratische Herrschaft die formal-juristische Rechtmäßigkeit (Legalität) der Ordnung durch die rationale Begründung der Normen und Regeln. Damit wird bereits ein großes Spektrum von Legitimationsversuchen erfasst, allerdings scheint die legal-bürokratische Legitimation heute nicht mehr auszureichen, um politische Entscheidungen, die den Bürgern und Bürgerinnen – meist langfristig – schmerzhafte Lasten auferlegen, zu rechtfertigen. Die formale Legalität einer Maßnahme muss vielmehr durch die Zustimmung der Bürgerinnen und Bürger erst legitimiert werden. Andernfalls führt die fehlende Legitimation zu Widerstand.

Habermas' neue Unübersichtlichkeit

Nicht nur die gesellschaftlichen, sondern auch die politischen Verhältnisse sind heute kaum noch durchschaubar. Wer hält tatsächlich die Macht in Händen? Viele Menschen haben das Vertrauen in die Politik verloren, die ihnen zunehmend fremder und unheimlicher wird. Ein Gefühl der Ohnmacht macht sich überall breit. In vielen Ländern (Beispiel: Brasilien) gehen die Menschen auf die Straße, um gegen Unfähigkeit und Korruption der Politiker zu protestieren. Jürgen Habermas (geb. 1929) kritisiert die Moderne als „Welt von Materialismus und Kapital, von Technik und Ökonomie", indem er darauf hinweist, dass Wissenschaft, Technik, Industrie, Militär und Verwaltung heute Elemente sind, die sich wechselseitig stabilisieren und deren Interdependenz wächst. In seinen frühen Arbeiten bezieht sich Habermas auf Kant sowie auf die „Dialektik der Aufklärung" von Max Horkheimer und Theodor W. Adorno. Die von ihm so benannte „neue Unübersichtlichkeit" stellt er in den größeren Zusammenhang des Vertrauens der westlichen Kultur in sich selbst: „Unübersichtlichkeit ist [...] auch eine Funktion der Handlungsbereitschaft; die sich eine

45 M. Weber. Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. Tübingen: Mohr 1980, S. 29.

46 *Ibid*., S. 124.

Gesellschaft zutraut". Sie gehört zu einer Situation, „in der eine immer noch von der arbeitsgesellschaftlichen Utopie zehrende Sozialstaatsprogrammatik die Kraft verliert, künftige Möglichkeiten eines kollektiv besseren und weniger gefährdeten Lebens zu erschließen".[*47]

Die Politik fast aller europäischen Regierungen illustriert diesen Zustand, wenn sie – vor allem vor Wahlen – alle notwendigerweise drastischen Einschnitte in das Renten-, Gesundheits- und Arbeitsverwaltungssystem zu vermeiden suchen, um den Wählern nicht weh zu tun. Das Wort „Steuererhöhung" wird bis zur Wahl zum „Unwort" erklärt, um nach der Wahl umso ungenierter an der Steuerschraube zu drehen. Die Regierenden haben nicht den Mut, den Regierten „reinen Wein" über die tatsächliche Lage einzuschenken. Reformen, die den Namen verdienen, bringen allerdings stets Gewinner und Verlierer hervor. Unter den Verlierern wären in diesem Fall insbesondere die mächtigen Pharmakonzerne. Kaum eine andere Konstellation ist für die Inhaber der Staatsmacht aber gefährlicher als ein umfassendes Bündnis der Verlierer, zumal dann, wenn diese über Kapital in größerem Umfang verfügen. Kein Wunder, dass Politiker ihre Aktivitäten darauf ausrichten, ein solches Bündnis unter allen Umständen zu verhindern.

Foucaults Mikrophysik der Macht

Für die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hat Michel Foucault (1926–1984) die Rolle des provozierenden Anregers übernommen, der mit seiner Machtanalyse wie kein anderer zeitgenössischer Theoretiker polarisiert. Foucault wirft Hobbes vor, einem klassischen Denken von Repräsentationsverhältnissen verpflichtet geblieben zu sein. Mit diesen Instrumenten habe Hobbes das Risiko eines wahren Krieges minimieren, wenn nicht gar zu verhindern versucht. Deshalb habe er auch kein Verständnis für faktische Machtstrategien entwickeln können. Man könnte sagen: „Foucault schlägt König Hobbes den Kopf ab". Tatsächlich seien weder Hobbes noch Machiavelli „Theoretiker des Krieges in der Zivilgesellschaft" gewesen. Öffnet man nun den „Werkzeugkasten" Foucaults, dann finden sich dort einige Schlüsselwörter, die für sein Denken charakteristisch sind: die Plebs, das Nicht-Tolerierbare, der Widerstand, das Ereignis und die Macht. „Um die Machtverhältnisse konkret zu analysieren, muß man das juridische Modell der Souveränität fallenlassen. Dieses setzt das Individuum als Subjekt natürlicher Rechte und primitiver Mächte voraus; es verfolgt das Ziel, von der idealen Genese des Staates Rechenschaft abzulegen; schließlich macht es das Gesetz zum grundlegenden Nachweis von Macht".[*48]

Foucaults Studien *Geschichte des Wahnsinns*, *Geburt der Klinik*, *Geburt des Gefängnisses* und *Geschichte der Sexualität* vermitteln wichtige Einsichten in das Funktionieren gesellschaftlicher Machtprozesse. Foucault setzt Analysen von gesellschaftlichen Makrophänomenen eine ‚Mikrophysik der Macht' entgegen, die sich auf lokale Praktiken und singuläre Institutionen konzentriert. Dabei interessiert ihn weniger, wer Macht hat, als vielmehr die Frage, wie Macht funktioniert. Vor allem durch sein Buch *Überwachen und Strafen* hat er die Diskussion um die Macht als Unterdrückungsapparat beeinflusst. Dabei geht es um einen Wandel von der Souveränitätsmacht zur Disziplinierungstechnologie. Er lenkt damit den Blick auf einen Veränderungsprozess in der Technologie der Macht an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert, der den meisten Historikern und Kriminologen entgangen zu sein scheint. „Der Übergang von den Martern mit ihren aufsehenerregenden Ritualen und ihrer reichen Kunst der Schmerzenszeremonie zu den Gefängnisstrafen, die hinter massiven Architekturen vergraben und durch das Geheimnis der Administrationen behütet sind, ist [...] der Übergang von einer Bestrafungskunst zu einer anderen, die nicht weniger gelehrt ist".[*49]

Es handelt sich um eine „technische Mutation", welche die Bestrafung den Augen der Öffentlichkeit entzieht und das ‚egalitäre' Gefängnis zu einem Ort „der Strafe der zivilisierten Gesellschaften" macht. Das Gefängnis steht allerdings in seiner Funktion als „Normalisierungsmacht" nicht allein, andere Einrichtungen der Psychiatrie, Heilung und Pflege gehören Foucault zufolge ebenfalls dazu. Provozierend ist zudem Foucaults These (Erkenntnis?), dass das Gefängnis nicht dem Gericht untersteht, wie allgemein angenommen, sondern dass – umgekehrt – „das Gericht dem Gefängnis angeschlossen und untergeordnet" ist. Foucault konstatiert dabei nicht nur Änderungen der Bestrafungsmodalitäten, sondern eine radikale

47 J. Habermas. Die Neue Unübersichtlichkeit. Kleine Politische Schriften V. Frankfurt a. Main: Suhrkamp 1985.

48 M. Foucault. In Verteidigung der Gesellschaft. Vorlesungen am Collège de France (1975–1976). Frankfurt a. Main: Suhrkamp 2009, S. 306.

49 M. Foucault. Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses. Frankfurt a. Main: Suhrkamp 1977, S. 15.

Zieländerung. Seit den Strafrechtsreformen zu Beginn des 19. Jahrhunderts zielt die Bestrafung nicht mehr in erster Linie auf die Gesetzesübertretungen, sondern auf die Individuen selbst, auf das, „was sie sind, sein werden, sein können". Nur auf den ersten Blick erscheint es daher als paradox, wenn sich Foucault dabei auf die allgemeine Vertragstheorie beruft und Rousseau als Kronzeugen anführt. Mit den Gesetzen der Gesellschaft hat der Bürger auch das Gesetz angenommen, das ihn zu strafen droht. Die Strafgewalt wird als eine allgemeine Gesellschaftsfunktion definiert, „die in gleicher Weise an allen Mitgliedern der Gesellschaft ausgeübt wird und in der jedes Mitglied der Gesellschaft gleichermaßen repräsentiert ist".

„Die peinliche Strafe [...] gehört [...] zu den Zeremonien, in denen sich die Macht manifestiert". „Es handelt sich um ein Zeremoniell zur Wiederherstellung der für einen Augenblick verletzten Souveränität". Darin spiegelt sich die Asymmetrie zwischen dem das Gesetz verletzenden Subjekt und dem allmächtigen Souverän. Die Bestrafung findet in der Zeit vor den Strafrechtsreformen öffentlich statt, denn der eigentliche Adressat ist das Volk, bei dem durch das Schauspiel eine Terrorwirkung (Hobbes: „*terrour of some punishment*") hervorgerufen werden soll. „Die Strafriten waren [...] Funktionen einer Macht [...], für die der Ungehorsam ein Akt der Feindseligkeit, ja der Rebellion, letztlich des Bürgerkriegs ist [...]Hobbes: „*terrour of some punishment*".*[50] Der Verbrecher ist ein „Feind des Fürsten". Während auch an dieser Stelle Anklänge an die Schmittsche Freund-Feind-Unterscheidung sichtbar werden, zeigt sich im Folgenden in der Foucaultschen Denkweise Anknüpfungsmöglichkeiten für Agamben. Foucaults Ausgangspunkt ist eine „politische Ökonomie des Körpers", in die er die von ihm analysierten Strafsysteme einordnet. Der menschliche Körper wird als „Produktionskraft von Macht- und Herrschaftsbeziehungen" definiert und damit zugleich eine unauflösliche Beziehung zwischen Macht und Wissen hergestellt: „Zu behandeln wäre der ‚politische Körper' als Gesamtheit der materiellen Elemente und Techniken, welche als Waffen, Schaltstationen, Verbindungswege und Stützpunkte den Macht- und Wissensbeziehungen dienen, welche die menschlichen Körper besetzen und unterwerfen, indem sie aus ihnen Wissensobjekte machen".*[51] Foucaults Untersuchungen zur politischen Rationalität bestimmen unter dem Begriff „*Governance*" heute die politik- und verwaltungswissenschaftliche Diskussion in weiten Bereichen.

Agambens homo sacer

Der italienische Rechts- und Sozialphilosoph Giorgio Agamben (geb. 1942) hat Hobbes' *Leviathan* gründlich gelesen, allerdings andere souveränitätstheoretische Schlüsse daraus gezogen als dieser. Auch Foucault geht seiner Ansicht nach nicht weit genug. Für Agamben ist der Naturzustand weder eine reale Epoche noch ein vorrechtlicher Zustand, sondern „in Wahrheit ein Ausnahmezustand", der „im bürgerlichen Staat in Form der souveränen Entscheidung fortwährend wirksam" bleibt.*[52] Für Agamben ist der Ausnahmezustand neben Staat, Territorium und Nation das vierte Element der politischen Ordnung. Er versucht den rein rechtlichen und biotechnischen Zugriff auf das Leben aufzubrechen. Er setzt sich sowohl mit Karl Marx und Martin Heidegger wie mit Walter Benjamin und Michel Foucault, mit Hannah Arendt und Carl Schmitt auseinander. Von Benjamin hat er die Gattung des erzählerischen Denkbildes übernommen. Agamben denkt strukturell und nutzt die Analogie fast bis zum Exzess, um eingefahrene Denkmuster zu sprengen. So gelingt es ihm, Phänomene, die auf den ersten Blick nichts miteinander zu tun haben, wie z.B. Auschwitz, Guantánamo und Intensivstation, in einen Sinnzusammenhang zu bringen. „Sollten wir, statt endlos zwischen Abschaffung und Beibehaltung des Rechts, des Gesetzes hin- und herzuschwanken, nicht eher versuchen, die Beziehungen zwischen Leben und Recht, zwischen Recht und Gewalt anders und genauer zu denken? "*[53]

Das „Lager ist nicht als eine historische Tatsache und als eine Anomalie anzusehen, [...] sondern in gewisser Weise als verborgene Matrix, als *nómos* des politischen Raumes, in dem wir heute noch leben". Bei seiner unorthodoxen Beschäftigung mit aktuellen rechtlich-politischen Fragen entwickelt Agamben eine Philosophie von rechtsfreien Räumen und der Reduzierung des Menschen auf sein „nacktes Leben". Den von ihm beobachteten totalitären Zugriff auf jeden Einzelnen – symbolisiert in dem US-Gefangenenlager auf Kuba – bezeichnet Agamben im Anschluss an Foucault als Biopolitik. Neben Staat, Territorium und Nation

[50] *Ibid*., S. 74 *ff*.

[51] *Ibid*., S. 39 *ff*.

[52] G. Agamben. Ausnahmezustand (Homo Sacer III). Frankfurt a. Main: Suhrkamp 2003.

[53] G. Agamben. Spiegel-Interview von Giorgio Agamben. – Der Spiegel 2006/9, S. 168–169.

tritt bei Agamben als viertes Element der Ausnahmezustand. Überformt und durchdrungen wird diese Welt durch das Mediensystem. „In Gestalt dieser abgetrennten und von den Medien geordneten Welt, in der sich die Formen des Staates und die der Ökonomie durchdringen, erlangt die Marktwirtschaft ihren Status absoluter und von jeder Verantwortung entbundener Souveränität über das gesamte gesellschaftliche Leben".[*54]

In seiner Trilogie *homo sacer* beleuchtet Agamben den Zusammenhang zwischen einer zunehmenden Verrechtlichung menschlichen Lebens einerseits und der wachsenden Entrechtung von Menschen andererseits.[*55] Dabei geht Agamben von einer durch Recht verfassten Spaltung der Identität in ein politisches Wesen (Aristoteles: *zoon politikon*) und „bloßes Leben" aus. Nach römischem Recht darf jeder den *homo sacer* straflos töten, die Parallele zu den *unlawful combattants* des Afghanistankrieges, denen von den US-Präsidenten die Behandlung nach den Genfer Konventionen versagt wird, liegt auf der Hand. Der Mensch, der nichts als sein Leben hat, ist gewissermaßen „vogelfrei". Agamben knüpft dabei einerseits an eine Rechtsfigur des römischen Rechts, andererseits an Hannah Arendt (1906–1975) an, die in tiefer Skepsis gegenüber der internationalen Staatenwelt das Entstehen barbarischer Systeme jederzeit für möglich gehalten hat. Dass selbst die Vereinigten Staaten von Amerika als „Hort der Freiheit" – so erschienen sie den Emigranten aus Deutschland – sich in diese Richtung (totale Datenüberwachung durch die NSA) entwickeln könnten, hat Arendt freilich nicht vorausgesehen. Der *homo sacer* symbolisiert zum einen strukturelle Elemente, die in jedem politischen System, also auch in einem demokratischen, zu finden sind, zum anderen dient er als quasikörperliche Gestalt mit Wiedererkennungswert.

Worin besteht nun der Zusammenhang zwischen Hobbes' Leviathan und Foucaults Ökonomie des Körpers? Der italienische Philosoph Roberto Esposito (geb. 1950) gibt die Antwort hierauf, indem er die Hobbesschen Kategorien Souveränität, Repräsentanz und Individuum neu interpretiert. Aus seiner Perspektive bilden sie lediglich „sprachlich-begriffliche Abwandlungen" oder „philosophisch-politische Übersetzungen" der Frage nach der Selbsterhaltung des Lebens. Genauer: „der Frage, wie das menschliche Leben gegen die es bedrohenden Gefahren gewaltsamer Auslöschung zu schützen sei".[*56] Während in der frühen Neuzeit das Verhältnis zwischen Politik und *bíos* noch einem Ordnungs- und Vermittlungsparadigma unterworfen gewesen sei, sei dieses Paradigma später – etwa ab dem 18. Jahrhundert – durch eine direktere Verbindung ersetzt worden.

Charakteristika des modernen Staates

Vergewissern wir uns nach diesem Abriss einflussreicher Staatstheorien noch einmal der wichtigsten Merkmale, die sich aus der Entstehungsgeschichte des modernen Staates ableiten lassen:

- Der moderne Staat ist Territorialstaat, seine Macht erstreckt sich auf ein Gebiet, in dem ausschließlich er die oberste Gewalt (Souveränität) auszuüben befugt ist und in dem er (theoretisch) unabhängig von Einflüssen von außen ist;
- Der Staat ist die Zusammenfassung der Bürger (später auch der Bürgerinnen) eines Gebiets, die sich als Staatsvolk bzw. politische Nation („Staatsbürgernation") konstituieren;
- Der Staat ist organisierte Entscheidungs- und Wirkeinheit einer Gesellschaft, er verfügt als Mindestkompetenz über die Berechtigung zur Gesetzgebung und zur legitimen Ausübung von Zwang („Gewaltmonopol"); darüber hinaus hat der Staat die Aufgabe zur Bereitstellung von öffentlichen Gütern und Leistungen;
- Die institutionelle Grundlage des Staates bildet die Verfassung, die seinem Handeln die rechtliche Grundlage verleiht, den Staat selbst jedoch nicht konstituiert. Vielmehr kann sich das Volk – z.B. nach revolutionären oder kriegsbedingten Umbrüchen – eine neue Verfassung geben;
- Die politische Struktur des modernen Staates ist die Demokratie: Entscheidungen der Staatsorgane müssen auf den Willen des vereinigten Volkes (Wahlvolk) zurückgeführt werden. Ob das Wahlvolk in bestimmten Fragen z.B. durch Referenden selbst entscheiden können muss, ist umstritten;

54 G. Agamben. Die kommende Gesellschaft. Berlin: Merve 2003, S. 73.

55 G. Agamben. Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben. Frankfurt a. Main: Suhrkamp 2002.

56 R. Esposito. Immunitas. Schutz und Negation des Lebens. Berlin: Diaphane 2004.

– Die Tätigkeit des Staates besteht (u.a.) im Ausführen des im demokratischen Verfahren bestimmten Willens des Volkes durch eine Regierungs- und Verwaltungsorganisation, die auf Berechenbarkeit und Kontrollierbarkeit angelegt ist. Dazu gehört auch die politische Führung des Gemeinwesens.

Herausforderungen der Globalisierung

Der solchermaßen skizzierte moderne Staat sieht sich durch die mit dem Stichwort „Globalisierung" bezeichneten technischen, ökonomischen, sozialen und politischen Veränderungen mit gewaltigen Herausforderungen konfrontiert. Ein entscheidender Aspekt ist dabei die Entgrenzung. Als elementare Kategorie des Politischen dient die Grenze der Freiheitssicherung. Dabei steht die Grenze in einem doppelten Bedingungsverhältnis. Einerseits ist sie die Bedingung moderner Staatlichkeit, anderseits ist der Staat die einzige Instanz, die Grenzen verbindlich festlegen und garantieren kann. „Die Grenzen der Freiheit der einen gegenüber der der anderen zu ziehen und festzulegen, damit Freiheit für alle möglich wird, bedarf einer Autorität [...], einer Instanz, die die Befugnis hat, nach vorangegangener Diskussion [...] verbindliche Entscheidungen zu treffen".*[57]

In neuerer Zeit werden Grenzen allerdings oft einseitig festgelegt und durch völkerrechtliche Verträge gesichert. Gelegentlich werden Grenzen auch kraft Richterspruchs eines Internationalen Gerichtshofs fixiert. Wie wirkt sich nun die fortschreitende Entgrenzung in einzelnen Bereichen aus? Deregulierte Kapital- und Gütermärkte erlauben blitzschnelle, computergestützte grenzüberschreitende Finanzbewegungen privater Investoren (Fonds) mit weitreichenden Folgen für die betroffenen Staaten, Gesellschaften und Individuen; diese Folgen werden in aller Regel auf den betroffenen Staat abgewälzt. Datenautobahnen ermöglichen den Unternehmen, ihre Produktionsanlagen und Dienstleistungsbereiche auf verschiedene Standorte in der Welt zu verteilen, ohne dass dies die betroffenen Staaten nachhaltig beeinflussen könnten. Sie reagieren mit sog. Standortverbesserungen (Stichwort: niedrige Unternehmenssteuern). Roboterisierung und Computerisierung lassen weltweit den Bedarf an Arbeitskräften sinken; darüber hinaus produzieren transnationale Unternehmen dort, wo die Löhne besonders niedrig, die Arbeitszeiten besonders lang und die sozialen Rechte gering sind; vor allem die Arbeitnehmer haben die Folgen zu tragen.

Die „Globalisierung" ebnet alle regionalen und nationalen kulturellen Unterschiede im Sinne einer weltweiten Vereinheitlichung und Verflachung ein (Stichwort: McWorld). Das bedeutet in der Konsequenz eine „Negierung der Eigenständigkeit und Subjektstellung kulturgeprägter Wirtschafts- und Lebensräume". Staatsgrenzen verlieren einen Teil ihrer Funktion; denn nicht nur Informationen (Stichwort: Internet) und Ideen (Stichwort: Demokratie), sondern auch Migrationsströme und terroristische Bedrohungen (Stichwort: Al-Kaida) überschreiten Grenzen, die sich nicht mehr effektiv überwachen lassen. Die äußere Souveränität der (europäischen) Nationalstaaten wird durch Völkerrecht, internationale Vereinbarungen, supranationale Zusammenschlüsse, aber auch durch die Aktivitäten transnationaler Akteure (Stichwort: Wirtschaftsmacht), rechtlich, zunehmend aber auch faktisch eingeschränkt. Ihr wichtigster Bestandteil ist das Gewaltmonopol; durch die zunehmende Privatisierung von Gewalt auf innerstaatlicher (Stichwort: private Sicherheitsdienste) wie auf transnationaler Ebene (Stichwort: Private Military Companies) ist sie jedoch nachhaltig gefährdet.

Gefährdungen der Staatlichkeit

Betrachten wir unter dem Gesichtspunkt ihrer Gefährdung noch einmal die Charakteristika moderner Staatlichkeit:

– Territorialstaat: Er ist gefährdet, weil die Grenzen nicht mehr sicher sind; der Staat kann seine Staatsbürger nicht (mehr) zuverlässig vor Angriffen von außen schützen. Das gilt für Angriffe mit materiellen Waffen (Raketen etc.) ebenso wie für sog. Cyber-Angriffe;
– Nationalstaat: Er ist in Bedrängnis, weil durch die starke Zuwanderung aus unterschiedlichen Kulturkreisen auch eine selbstbewusste Nation wie die französische „Grande Nation" in eine Sinnkrise gerät (Stichwort: Aufstand der Ghettos);

[57] E.-W. Böckenförde. Recht setzt Grenzen. Warum Entgrenzungen freiheitswidrig sein können. – Neue Zürcher Zeitung 1997/32, S. 54.

- Rechtsstaat: Sein Kernbestand ist der Grundrechtsschutz; er ist Turbulenzen ausgesetzt, wenn internationale und suprastaatliche Instanzen auch über den Inhalt zentraler Grundrechtsbestimmungen entscheiden (Stichwort: Urteil des EuGH zum Dienst von Frauen mit der Waffe), und Geheimdienste ungehindert den Datenverkehr der Bürger ausspähen;
- Demokratie: Sie gerät in Gefahr, wenn politische Entscheidungen von zentraler Bedeutung nicht mehr von denen getroffen werden können, die das Wahlvolk mit der Regierung betraut hat, sondern von anonymen Investoren, Financiers etc. (Stichwort: Währungsspekulationen) oder supra- bzw. internationalen Institutionen und das Parlament lediglich an anderer Stelle getroffene Entscheidungen „beglaubigt".

Zukunft des Staates

Vom Friedensstaat über den Rechtsstaat, den Verfassungsstaat und den Sozialstaat ist der moderne Staat zum Leistungs- und Gewährleistungsstaat geworden. Damit ist ein hohes Leistungsniveau verbunden, das nicht jeder Staat der Erde erreichen bzw. aufrechterhalten kann. „Die Geschichte des modernen Staates ist die Geschichte der Zähmung des Leviathans – durch Menschenrechte und Vernunftrecht, durch Gesetzesstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsstaatlichkeit, durch Gerechtigkeit, Gewaltenteilung und Demokratie".[*58] Was ist aus diesem stolzen Leviathan geworden? In der Tat agiert er vielerorts lediglich als zahnloser Löwe, der die Hyänen und Schakale nicht mehr in Schach halten kann. Mit ihrer unersättlichen Gier bedrohen diese nicht mehr nur einzelne Tiere, sondern den Gesamtbestand. Der Staat wird von innen wie von außen attackiert. Er scheint „in der sich politisch selbst organisierenden Gesellschaft versunken" zu sein. Ernst Forsthoff, ein Schüler Carl Schmitts, hat aus der Verlagerung des Schwergewichts der politischen Gesamtordnung in die Industriegesellschaft, durch die der Staat die Evidenz verloren habe, den Schluss gezogen: „Das Konkret-Allgemeine hat keine Instanz mehr".[*59] Das gilt für den nächsten Entwicklungsschritt, von der Industriegesellschaft zur Informationsgesellschaft umso mehr. Hier hat das Konkret-Allgemeine nicht einmal mehr einen Namen.

Der okzidentale Staat, dessen Konturen sich in der Frühen Neuzeit allmählich herausgeschält haben, hat im Laufe der letzten 500 Jahre zahlreiche Metamorphosen durchlebt. Er hat sich zwar – zum Teil erheblich – gewandelt, er hat aber keineswegs aufgehört zu existieren. Aus dem obrigkeitsstaatlichen Territorialstaat ist zunächst der souveräne Nationalstaat und dann der demokratische Rechts- und Sozialstaat hervorgegangen. Diese Veränderungen sind freilich nicht als Entwicklungsstufen in dem Sinne zu verstehen, dass sie sich gegenseitig ausschließen würden. Das bedeutet also nicht, dass die Kategorien Territorium, Souveränität und Nation für den Staat heute keine Rolle mehr spielten. Ganz im Gegenteil: Sie bilden das Fundament, auf dem der voll ausgebildete Staat okzidentaler Prägung beruht und aus dem er seine Stabilität gewinnt.[*60] Die Zukunft des okzidentalen Staates hängt im Wesentlichen von fünf Faktoren ab:

1. Souveränität: Erhaltung einer eigenständigen Sphäre des Staatlichen gegenüber den Zwängen der „Globalisierung" zumindest für einige wirklich souveräne Staaten;
2. Staatsbewusstsein: Stärkung des Bewusstseins der Menschen, dass ihre Sicherheit und ihre Freiheit vom Schutz durch einen machtvollen Rechtsstaat abhängen und sie bereit sein müssen, für diesen zu kämpfen;
3. Gewaltmonopol: Sicherung bzw. Wiederherstellung des alleinigen Verfügungsrechts des Staates über den legitimen Einsatz von Gewalt im Innern wie nach außen;
4. Handlungsfähigkeit: Zuweisung (oder Beibehaltung) wichtiger Kernkompetenzen, um den Staat in die Lage zu versetzen, Alles zum Schutz der Staatsbürger zu tun;
5. Eigenständigkeit: Schaffung staatlicher Einheiten, die stark genug sind, ihre Eigenständigkeit auch gegenüber dem amerikanischen Imperium sowie künftigen Imperien (z.B. einem chinesischen) zu behaupten.

58 W. Kersting (Fn. 20), S. 278.

59 E. Forsthoff. Der Staat der Industriegesellschaft. München: Beck 1971, S. 159.

60 R. Voigt. Phönix aus der Asche. Die Geburt des Staates aus dem Geist der Politik. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2014.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.02

Michael Stolleis

Prof. Dr.
Emerit. Direktor des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main

Die Entstehung des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts (1850–1900)

I.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vollzog sich in der Disziplin, die man jetzt „Verwaltungsrecht" nannte ein Wechsel der Perspektive. Das Verwaltungsrecht, das in Deutschland noch bis um 1830 „Polizeirecht" genannt wurde, aber auch (nach französischem Vorbild) Administrativrecht, wurde traditionell in den Lehrbüchern so dargestellt, dass man für die einzelnen Ministerien aufzählte, welches Administrativrecht bei ihnen galt. Die Masse dieses „Polizeirechts" lag beim Innenministerium, anderes beim Finanzministerium, Kriegsministerium, Justizministerium und ein wenig auch beim Außenministerium. Diese Darstellungsweise nannte man die „staatswissenschaftliche Methode". Sie war einfach und übersichtlich, aber eben unjuristisch und einfach additiv. Verbindungen zwischen den einzelnen Gesetzen des Administrativrechts schien es nicht zu geben. Land- und Forstwirtschaft, Veterinärmedizin, Wasserwirtschaft, Ingenieurwissenschaft, Bergbau, Armenwesen, Finanzwesen und Geldpolitik – alles war öffentlichrechtlich geordnet und gehörte zur „Administration"[*1].

Ab 1865 erhob sich hiergegen im Namen der „juristischen Methode" Widerspruch. Die Masse des Stoffs war nicht mehr beherrschbar. Ein Dutzend nichtjuristischer Spezialdisziplinen hatten sich ausgebildet. Deshalb versuchte man nun, alle „Realien" beiseite zu schieben, um die juristischen Verbindungselemente zu betonen. Man suchte die juristischen Strukturen und wollte „wissenschaftlich" arbeiten. Eine logisch kohärente Dogmatik sollte entstehen, wie man sie vom Zivilrecht kannte. Konnte man nicht, so lautete die neue Frage, einen Kanon von Figuren und Rechtsprinzipien des „allgemeinen" Verwaltungsrechts bilden, der überall anwendbar war, der eine Struktur ergab, so dass man auf die nichtjuristischen Disziplinen nur verweisen musste? Der Rechtsstaat verlangte eine Herauspräparierung des juristisch Wesentlichen, damit seine neu geschaffenen Kontrollmechanismen, die Verwaltungsgerichte, auch wirklich funktionieren konnten. Diese Tendenz wurde beflügelt vom Vorbild der auf ihrem Höhepunkt stehenden pandektistischen Zivilistik, die sich ihres aus dem römischen Recht entwickelten Begriffsapparats sicher war, die eine „Construktionsjurisprudenz" favorisierte und die ökonomischen Interessen sowie die Zwecke der Rechtsinstitute ausblendete. Die sich formierende Verwaltungsrechtswissenschaft suchte dort die naheliegende Anlehnung, um die Ebene juristisch anerkannter Teildisziplinen zu erreichen. Rechtsstaat und

[1] M. Stolleis. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Bd. II: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914. München: Beck 1992, S. 229 *ff.*, S. 381 *ff.* mit weiteren Nachweisen (m.w.N.). Auf diese Darstellung beziehen sich die folgenden Ausführungen. Sehr knapp nun M. Stolleis. Öffentliches Recht in Deutschland. Eine Einführung in seine Geschichte 16.–21. Jahrhundert. München: Beck 2014, S. 77 *ff.*

wissenschaftlich bearbeitetes Verwaltungsrecht wurden bald miteinander identifiziert: „Wenn der Begriff des Rechtsstaats irgend eine reelle Bedeutung hat", schrieb Carl Friedrich von Gerber 1865, „so ist es gerade die, dass mehr und mehr auch auf dem Gebiete der Verwaltung feste rechtliche Bestimmungen gegeben werden, welche der Willkür den Boden entziehen"[*2]

Die Trennung von Verfassungs- und Verwaltungsrecht erschien sinnvoll, da die juristischen Vordenker nach dem Scheitern der Verfassungsfrage 1848–50 versuchten, den Rechtsstaat als Kernbestand des liberalen Verfassungsprogramms vor 1848 zu bewahren. Dies geschah mit dem plausiblen Argument, der Rechtsstaat sei auch ökonomisch vorteilhaft, weil er Sicherheit und Berechenbarkeit gewährleiste. Insofern lag es in der Logik der Entwicklung nach 1850, das Verwaltungsrecht von der prekären Verfassungsfrage zu lösen und es als eigenständiges Gebiet neben dem Staatsrecht aufzubauen. In diese Richtung entwickelte sich nun die methodische Debatte mit ihrer Wendung zum rechtswissenschaftlichen „konstruierenden" Positivismus. Carl Friedrich von Gerber verlangte 1865 energisch die wissenschaftliche, aber separate Durchdringung von Staatsrecht und Verwaltungsrecht. Das Verwaltungsrecht brauche eine eigene Theorie, ein eigenes „System"; denn es würde, wie er sagte, „die Reinheit und Selbständigkeit des Staatsrechts leiden, wenn man dasselbe wissenschaftliche System für den Platz der Darstellung der Rechte der Landstände und der Bestimmungen über Vorkehrungen gegen die Rinderpest ansehen wollte…So würden wir es gewiß in diesem Sinne als einen Fortschritt begrüßen, wenn endlich auch das Verwaltungsrecht in seiner Selbständigkeit erkannt und von der Verbindung mit dem Staatsrecht gelöst wird"[*3].

Auf diese Weise kam es gerade in Deutschland zu einer doppelten Amputation des Verwaltungsrechts. Einerseits wurde die Verbindung zur Verwaltungspraxis und der sie überformenden (alten) Polizeiwissenschaft bzw. (neuen) Verwaltungslehre abgeschnitten, auf der anderen Seite wurden um der „Eigenständigkeit" des neuen Fachs willen die Verbindungen zum politischen Ursprungsgebiet des Verfassungsrechts gelöst. Übrig blieben die sowohl praxis- als auch scheinbar politikfreien „juristischen" Aussagen zum Verwaltungsrecht, deren Abstrahierung und Dogmatisierung nun als Aufgabe anstand. Damit wurden auch materiale, ökonomische und politische Inhalte und Zwecke als „nichtjuristisch" ausgeblendet. Erst diese Formalisierung machte es möglich, unabhängig von den Inhalten die Rechtsform zu entdecken und zur Grundlage der Systematisierung zu nehmen. So kamen das Bedürfnis nach Realisierung des Rechtsstaats, die nach 1850 einsetzende Entpolitisierung und die Tendenz zur Verwissenschaftlichung nach dem Vorbild des Zivilrechts im Sinne des nun allgemein akzeptierten Rechtspositivismus zusammen.

II.

Der Weg zur „juristischen Methode" im Verwaltungsrecht verlief jedoch keineswegs geradlinig. Bedeutende Verwaltungstheoretiker widersetzten sich der Reduktion auf den normativen Kern. Es waren Autoren, die politisch dachten, die auch weiter auf historische und philosophische Argumente nicht verzichten wollten.

Beispielhaft hierfür ist das Werk von Rudolf von Gneist (1816–1895). Seine akademischen Anfänge lagen in der Berliner Historischen Schule, seine frühen Ideale im politischen Liberalismus und in einer stark vom englischen Vorbild beeinflussten Bürgergesellschaft[*4]. Nach den für ihn turbulenten Erfahrungen der Jahre 1848 bis 1850 vertiefte er sich in das englische Verwaltungsrecht und in die dortige Kommunalverfassung. Er war Stadtverordneter in Berlin, preußischer Abgeordneter und nationalliberaler Reichstagsabgeordneter. Seine Idee des „selfgovernment" zielte auf eine Aktivierung des Bürgertums, um die Differenz zwischen Staat und Gesellschaft zu überwinden. Das Bürgertum sollte gewissermaßen den monarchischen Anstaltsstaat durchdringen, und dieser wiederum musste Rechtsstaat werden. Gneist engagierte sich deshalb für Geschworenengerichte, für das richterliche Prüfungsrecht, für Selbstverwaltung, für eine Verbesserung des Anwaltsstandes, eine wissenschaftlich angeleitete Sozialpolitik, für die Gründung des Deutschen Juristentags sowie für ein allseits akzeptables Modell der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Übertragung seiner Ideen in ein systematisches Werk zum deutschen Verwaltungsrecht hat Gneist nicht versucht. Wohl aber ist er in vielfältiger Weise repräsentativ für die rechtspolitischen Ziele und Erfolge der protestantischen Nationalliberalen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

---

2 C. F. von Gerber. Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Leipzig: Tauchnitz 1865, S. 233.

3 *Ibid*., S. 236 *ff*.

4 E. J. Hahn. Rudolf von Gneist 1816–1895. Ein politischer Jurist in der Bismarckzeit. Frankfurt a. Main: Klostermann 1995.

Auf ähnliche Weise distanziert vom rechtspositivistischen Hauptstrom der Rechtswissenschaft entfaltete sich der gleichaltrige Lorenz von Stein (1815–1890)[*5]. Auch er begann als Liberaler in der schleswig-holsteinischen Auseinandersetzung mit Dänemark, verlor 1852 seine Professur für Staatswissenschaften in Kiel, ging 1855 nach Wien, wo er politische Ökonomie lehrte. Als Kenner der französischen Sozialisten und geprägt von Hegel suchte er wie Gneist eine Lösung der Disharmonien der Gesellschaft durch „gute Verwaltung". Die soziale Frage wollte er dem über den Parteien stehenden idealisierten Königtum überantworten – eine konservative „staatssozialistische" Idee, die sich faktisch in Bismarcks Sozialgesetzgebung auch niederschlug. Das Königtum sollte, so Stein, eine verfassungsgebundene „arbeitende Verwaltung" nutzen. In den Jahren 1865 bis 1868 schrieb er in diesem Sinn eine monumentale „Verwaltungslehre"[*6], ein Werk, das materiell die Polizeiwissenschaft fortsetzte, aber nicht den Rechtszustand für einzelne Ressorts referierte, sondern aus den Aufgabenfeldern große Blöcke entwickelte (Bevölkerungswesen, Gesundheitswesen, Sicherheitspolizei, Bildungswesen). Mit seiner Verwaltungslehre stemmte sich Stein dem Differenzierungsprozeß der Disziplinen entgegen. Er band die juristischen und nichtjuristischen Teile der Verwaltung mit den Prinzipien der Verfassung zusammen und machte so gegen die Entpolitisierung des Verwaltungsrechts Front. Schließlich verhalf er dem Fach „Verwaltungslehre" in Österreich zu einem schon unzeitgemäß gewordenen Überleben bis zum Ersten Weltkrieg.

III.

Das Beharren auf der „Einheit der Staatswissenschaften" wurde allerdings im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts mehr und mehr als rückständig empfunden. Nachdem die speziellen staatswissenschaftlichen Fächer der alten „Policey" sich in den Fakultäten der Land- und Forstwirtschaft, Veterinärmedizin, Bevölkerungswissenschaft, Finanzwissenschaft und Nationalökonomie neu zu ordnen begannen, blieb das Verwaltungsrecht im Zeichen des Rechtsstaats zurück. Die ersten für alle Verwaltung geltenden allgemeinen Regeln bildeten sich typischerweise an der Grenzlinie zwischen Verfassung und Verwaltung. Dort konnte zur Trennung von Justiz und Verwaltung, zum Verbot rückwirkender Belastungen, zum Bestandsschutz wohlerworbener Rechte, zur Entschädigungspflicht bei Enteignungen, zur Gesetzesbindung des Staatshandelns oder zum Verhältnis von Gesetzes- und Verordnungsrecht Stellung genommen werden.

Erste Ansätze zur Schaffung eines so verstandenen „Allgemeinen Teils" finden sich in Romeo Maurenbrechers „Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts" (1838), in Heinrich Zoepfls „Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts" (1840), vor allem aber – nach dem Muster des zweiten Bandes von Robert von Mohls „Staatsrecht des Königreichs Württemberg" – in den Darstellungen der Landesstaatsrechte. Eines der ersten Bücher, das sich trotz Beibehaltung der Gliederung nach dem Ressortprinzip in die Richtung einer Zusammenfassung von allgemeinen Rechtsregeln der Verwaltung bewegt, war das Lehrbuch des Bayerischen Verwaltungsrechts von Josef Pözl (1856). Aber es war eher das Plädoyer für eine „wissenschaftliche Bearbeitung des Verwaltungsrechts" als deren frühe Erfüllung. Der eigentliche Pionier, der dies versuchte, war ein württembergischer Beamter, Friedrich Franz (von) Mayer, der 1857 seine „Grundzüge des Verwaltungsrechts und -Rechtsverfahrens" veröffentlichte. 1862 erschienen sie in erweiterter und vertiefter Form[*7].

Wie im „gemeinen deutschen Staatsrecht" des Vormärz ging es nun um die – in der Sache viel mühsamere – Herausbildung eines „gemeinen deutschen Verwaltungsrechts". Gerade war in zweiter Auflage Gabriel Dufours „Traité général de droit administratif" in sieben Bänden erschienen (1854–57) und konnte als Vorbild dienen, etwa bei der Grundfigur des Administrativakts, bei den öffentlich-rechtlichen Rechten und Pflichten des Staatsbürgers oder bei den öffentlichrechtlichen Anstalten. Gerade hatte auch Carl Friedrich von Gerber, ab 1851 in Tübingen, die „Aufstellung eines wissenschaftlichen Systems…in

5 R. Schnur (Hrsg.). Staat und Gesellschaft. Studien zu Lorenz von Stein. Berlin: Duncker & Humblot 1978; D. Blasius. Lorenz von Stein. Krisenprobleme der Moderne im Spiegel konservativen Denkens. – P. Alter u.a. (Hrsg.). Geschichte und politisches Handeln. Studien zu europäischen Denkern der Neuzeit. Th. Schieder zum Gedächtnis. Stuttgart: Klett-Cotta 1985, S. 197–205; A. v. Mutius (Hrsg.). Lorenz von Stein 1890–1900. Akademischer Festakt zum 100. Todestag. Kiel: v. Decker 1992.

6 L. v. Stein. Die Verwaltungslehre. Bd. VII. Stuttgart: Cotta 1865–1868 (2. Aufl. 1869-1883).

7 T. Ishikawa. Friedrich Franz von Mayer als Begründer der sog. „juristischen Methode" in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft. Berlin: Duncker & Humblot 1992.

welchem sich die einzelnen Gestaltungen als die Entwicklung eines einheitlichen Grundgedankens darstellen" gefordert. Diesen Linien folgend entwickelte Mayer die „öffentlichen Rechtsverhältnisse des Einzelnen zum Staat" einschließlich der Eingriffsbefugnisse der Polizei, sowie das Recht der öffentlichen Körperschaften mit einem rechtsvergleichend ermittelten gemeindeutschen Kommunalrecht. Der erste „Allgemeine Teil" erscheint im vierten Kapitel unter der Überschrift „Allgemeine Ergebnisse und Rechtssätze".

Schulbildend wirkte dieses Werk nicht, sein Umfeld blieb Württemberg, aber das Stichwort der nun zu verfolgenden „juristischen Methode" war gefallen. In Franz von Holtzendorffs „Encyklopädie der Rechtswissenschaft" erschien 1870 ein knappes, historisch und rechtsvergleichend orientiertes „Verwaltungsrecht" und sein Autor begann 1871 an der Universität Halle Verwaltungsrecht zu lesen[*8]. 1875 forderte der Jenaer Öffentlichrechtler Georg Meyer die Trennung von Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht und empfahl „die juristische Durchdringung des Stoffs und eine rechtswissenschaftliche Konstruktion der verwaltungsrechtlichen Institute"[*9]. Bald darauf schrieb er ein „Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts" (1883), in dem er zwar noch das Ressortprinzip befolgte und den Zusammenhang mit der Verwaltungslehre zu bewahren suchte, aber doch in einem schrittweise ausgebauten Abschnitt „allgemeine Lehren" bot. Wieder ein Jahr später (1884) lag erstmals die Gesamtdarstellung eines „Allgemeinen Teils" vor. Sein Autor, der Jurist und Politiker Otto von Sarwey (1825–1900), hatte 1880 eine Monographie „Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege" sowie 1883 ein tausendseitiges „Staatsrecht des Königreichs Württemberg" vorgelegt. Er verstand das Verwaltungsrecht als Schutzrecht der Grundrechte Freiheit und Eigentum, und er legte größten Wert auf die funktionale Verklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Gleichzeitig betonte er aber die Weite der Staatszwecke in einem als Genossenschaft gedeuteten modernen Rechtsstaat.

IV.

Ebenfalls 1884 und unabhängig von Sarwey erschien das „Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts" von Edgar Loening (1843–1919). Die konzise und transparente Darstellung wurde begrüßt, weil nun an die Stelle des „erzählenden" Ressortprinzips eine Gliederung nach „Organisation der Verwaltung", „Innere Verwaltung" und „Verwaltungsrechtspflege" gesetzt war. Der Allgemeine Teil trat an die Spitze der inneren Verwaltung, war aber immer noch schwach ausgebildet, weil Loening sich der strikten, von Gerber ausgehenden Richtung der konsequenten Verbannung der Inhalte, der Verwaltungswirklichkeit und der verfolgten Zwecke zugunsten der Rechtsform nicht anschließen wollte. Otto Mayers „Theorie des französischen Verwaltungsrechts" (1886) kritisierte er scharf und wandte sich gegen die „Überschätzung des wissenschaftlichen Werths der Begriffe und Definitionen"[*10]. Er wies Mayer nach, dass auch er mit Zwecken operieren müsse und dass das französische Verwaltungsrecht, das er übrigens aus seiner Straßburger Zeit gut kannte, keineswegs so systematisch sei wie Mayer es darstellte. Ganz anderer Meinung war Paul Laband, der an Otto Mayers „Theorie" hervorhob, dort finde man „eine scharfsinnige und für das wissenschaftliche Verständnis fruchtbringende Erörterung der wenig zahlreichen, aber viel umfassenden und inhaltsvollen Rechtsgestaltungen, welche gleichmäßig in den verschiedenen Ressorts der Verwaltung wiederkehren, weil sie auf den verschiedenartigsten Thatbestand Anwendung finden können"[*11].

An dieser Stelle ist es wohl angebracht, einige Worte über die Biographie Edgar Loenings (1843–1919) zu sagen. Er gehörte zur Generation von Paul Laband (1838–1918) und Otto Mayer (1846–1924). Man kennt ihn als Verfasser einer zweibändigen „Geschichte des deutschen Kirchenrechts" in Gallien unter den Merowingern (1878), des genannten „Lehrbuchs des deutschen Verwaltungsrechts" (1878), des ersten, das diesen Titel trug, und als Herausgeber des großen sechsbändigen Handbuchs der Staatswissenschaften (1880–1894). Am Ende seines Lebens war er vielfach dekoriert, Träger zahlreicher Orden, Ehrenmitglied der Kaiserlichen St. Wladimir-Universität zu Kiew (1895), Rektor der Universität Halle und zuletzt Mitglied des preußischen Herrenhauses (1901). Er galt als Konservativer, wurde aber vom preußischen Kultusminister Gustav von Gossler als zu liberal und zu kritisch in Kirchendingen beurteilt.

8 E. v. Meier. Das Verwaltungsrecht. – F. v. Holtzendorff (Hrsg.). Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig: Duncker & Humblot 1870, S. 693–746 (2. Aufl. 1873, 4. Aufl. 1882, 6. Aufl. 1904).

9 G. Meyer. Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland. Jena: H. Dufft 1875.

10 E. Loening. Die konstruktive Methode auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts. – Schmollers Jahrbuch 1887, S. 3–86 Anm. 1.

11 P. Laband. Besprechung. – Archiv des öffentlichen Rechts 1887, S. 151.

In Loenings Biographie entfaltet sich ein Kapitel deutscher Politik und Literatur*[12]. Er stammte aus einer jüdischen Familie mit Namen Löwenthal. Sein Großvater war Kaufmann und Tabakfabrikant in Ladenburg bei Heidelberg, dann in Mainz und Mannheim. Dessen Bruder, Herz Löwenthal, hatte einen Sohn Moritz, der sich ab 1820 Lenel nannte und dessen Sohn wiederum der bekannte Zivilrechtler und Rechtshistoriker Otto Lenel (1841–1935) war. Edgar Loenings Vater Zacharias Löwenthal (1810–1884) machte eine buchhändlerische Ausbildung in München, Berlin, Hamburg und Frankfurt und gründete dann 1835 eine eigene „Verlagsbuchhandlung" Dort verlegte er eine Gruppe von Autoren, die man pauschal „links" nennen konnte, revolutionäre Dichter, die allesamt gegen die politische Unterdrückung des „Systems Metternich" anschrieben (Karl Gutzkow, Heinrich Laube, Ludolph Wienbarg, August Lewald, Ludwig Börne, Heinrich Heine, Karl August Varnhagen von Ense, Christian Dietrich Grabbe, Georg Büchner sowie die Juristen Eduard Gans und Wilhelm Trendelenburg). Christliche Kritiker protestierten gegen dieses Programm, die politische Polizei wurde aufmerksam – kurz und gut, im Dezember 1835 wurde der Verlag von Metternich höchstpersönlich verboten, die Bücher wurden beschlagnahmt, ein Autor wurde verhaftet, der Verleger verlor seine Konzession. Das war das berühmte Verbot der Literarischen Gruppe „Das junge Deutschland".

Die meisten Autoren flüchteten ins Ausland, wo auch schon Heinrich Heine und Karl Marx waren. Der republikanisch, demokratisch und linksliberal denkende Verleger wich nach Mainz aus und heiratete dort eine ebenfalls jüdische Bankierstochter Reinach. Deren Schwester heiratete einen jüdischen Juristen Dernburg, dessen einer Sohn wiederum der bekannte preußische Zivilrechtler Heinrich Dernburg (1829–1907) wurde. Zacharias Löwenthal, der Verleger, besuchte Marx in Paris, und bei einer dieser Reisen kam 1843 Edgar Löwenthal (der spätere Loening) in Paris zur Welt.

Er bekam später noch drei Geschwister, nämlich Richard (1848–1913), später Professor für Strafrecht in Jena, dann Gottfried (1851–1887), der später den Verlag „Rütten & Loening" weiterführte, jenen Verlag, der weltberühmt wurde durch das eigenartige, von Entwicklungsstörungen handelnde Kinderbuch „Struwwelpeter" des Frankfurter Arztes Heinrich Hofmann und durch die „Biene Maja" von Waldemar Bonsels. Schließlich wurde noch eine Tochter geboren, Lili Loening (1850–1936), welche Otto von Gierke heiratete. Der sozialgeschichtliche Hintergrund ist ungemein interessant: Die Familien Löwenthal/Loening, Lenel und Dernburg, alle aus Südwestdeutschland und alle aus jüdischem Bürgertum mit Tendenzen zur Assimilation (Namenswechsel und Konversionen), brachten bedeutende Juristen hervor. Otto von Gierkes Tochter Anna, eine bekannte Frauenrechtlerin, saß 1919 in der Weimarer Nationalversammlung, und zwar wiederum zusammen mit einem Vetter Bernhard Dernburg.

Edgard Loenings Studiengang sei wenigstens skizziert. Er studierte ab 1863 in Heidelberg, Bonn, Berlin und Leipzig, promovierte und habilitierte sich schließlich wieder in Heidelberg bei Johann Caspar Bluntschli. Es folgte eine Verwaltungsstelle in Straßburg und dort auch eine außerordentliche Professur. Er heiratete 1874 und folgte 1877 einem Ruf auf ein Ordinariat nach Dorpat/Tartu. Hier schrieb er die erwähnte „Geschichte des Deutschen Kirchenrechts" in Gallien und im Reich der Merowinger" (1878), weiter eine Abhandlung über Amtshaftung*[13] und eine 1880 in Riga gedruckte Studie über „Die Befreiung des Bauernstandes in Deutschland und Livland"*[14]. Diese Zeit in Dorpat, die er offenbar in großer Ruhe gelehrten historischen Arbeiten widmen konnte, endete 1882, also schon bevor 1889 die Studienordnung der Fakultät geändert, die Autonomie der Fakultät beseitigt und schließlich Russisch als Unterrichtssprache vorgeschrieben wurde*[15]. Loening ging nach Rostock, wo er sein Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts schrieb und von da 1886 nach Halle. Dort gab es nochmals Zweifel, ob man einem zum Protestantismus konvertierten Juden das Kirchenrecht anvertrauen könne, aber diese Zweifel änderten nichts an der Berufung. Loening blieb in Halle, war literarisch sehr fleißig, bis er 1919 mit 76 Jahren bei einem Unfall auf der Straße starb. Dorpat/Tartu war also für ihn nur eine seiner akademischen Stationen, aber eine wichtige, zum einen wegen der historischen Studien, zum anderen für die Rückberufung nach Deutschland.

---

12 M. Stolleis. „Junges Deutschland", jüdische Emanzipation und liberale Staatsrechtslehre in Deutschland. Stuttgart: Steiner 1994 m.w.N.

13 E. Loening. Die Haftung des Staats aus Rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach Deutschem Privat- und Staatsrecht. – Festschrift zum 50. Doktorjubiläum von J. C. Bluntschli. Dorpat 1879 (im Internet verfügbar unter: http://dspace.utlib.ee/dspace/handle/10062/29252).

14 E. Loening. Die Befreiung des Bauernstandes in Deutschland und Livland. – Baltische Monatsschrift 1880, S. 89–129 (im Internet verfügbar unter: http://dspace.utlib.ee/dspace/handle/10062/18905).

15 T. Anepaio. Die russische Universität in Jurjev (1889–1918). – Z. Pokrovac (Hrsg.). Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg. Frankfurt a. Main: Klostermann 2007, S. 400 *ff*.

V.

1881 wurde das Fach „Verwaltungsrecht" an preußischen Universitäten verbindlich eingeführt. Karl Freiherr von Stengel (1840–1930) war der erste preußische Professor auf einem nur dem Verwaltungsrecht gewidmeten Lehrstuhl. Diese Durchsetzung des neuen Fachs im Kanon schloss einerseits die seit den dreißiger Jahren erkennbare Inkubationszeit ab, diente aber andererseits auch sofort als Stimulus für neue Lehrbücher, die sich, wie üblich, aus den Vorlesungen entwickelten. Die Darstellungen von Georg Meyer (1883), Otto Sarwey (1884), Edgar Loening (1884), Karl Stengel (1886) und Otto Mayer (1886) stehen in einem engen Diskussionszusammenhang. Man beobachtete sich und versuchte meist, zugunsten der nun immer dominanter werdenden „juristischen Methode" staatswissenschaftlichen Ballast abzuwerfen.

So verstärkte sich der Trend zur Herauspräparierung des juristischen Elements von mehreren Seiten. Das Zivilrecht forderte das junge Verwaltungsrecht heraus, Ähnliches zu leisten wie etwa Bernhard Windscheid mit seiner „Begriffsjurisprudenz". Im eigenen Lager hatte Paul Laband vorgeführt, was es bedeute, durch „rein logische Denktätigkeit" die „einheitlichen Grundsätze und Prinzipien" zu gewinnen, die allem positiven Recht zugrunde lagen. Dieses Werk weckte den Ehrgeiz, zumal in derselben Straßburger Fakultät, auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ein Gleiches zu versuchen. Schließlich ist eine internationale, in die gleiche Richtung zielende Strömung feststellbar. Für das Straßburg Labands und Otto Mayers liegt der direkte Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf der Hand. Und gleichzeitig begründete Vittorio Emanuele Orlando mit seinen „Principi di diritto amministrativo" (1891) das geistesverwandte italienische Verwaltungsrecht[*16].

Als der Strafrechtler Karl Binding 1888 den Straßburger Professor Otto Mayer (1846–1924) mit der Darstellung eines „Deutschen Verwaltungsrechts" beauftragte, geschah dies unter dem Eindruck von dessen „Theorie des französischen Verwaltungsrechts" und wohl auch auf Empfehlung Labands. Das 1895/96 vorgelegte zweibändige Werk wurde das Gründungsbuch des Verwaltungsrechts in dem Sinne, dass es erstmals eine auf allen Gebieten obrigkeitlichen Handelns in Formen des öffentlichen Rechts verwendbare Dogmatik der verwaltungsrechtlichen „Institute" schuf. Mayer selbst hatte erklärt: „Soll die Verwaltungsrechtswissenschaft als gleichberechtigte juristische Disciplin neben die älteren Schwestern (Zivil- und Strafrecht, M.St.) treten, so muss sie ein System von eigenthümlichen Rechtsinstituten der staatlichen Verwaltung sein"[*17]. Entscheidend waren also der Systembegriff, die strenge Trennung von öffentlichem und privatem Recht zur Findung des „eigenthümlichen" Elements, weiter die Vorstellung von „Rechtsinstituten". Die Arbeit beschränkte sich auf den Bereich hoheitlicher Tätigkeit; insofern war Mayer ganz dem Modell der Trennung von Staat und Gesellschaft des 19. Jahrhunderts verhaftet. Was seine Methodik zur Bildung von „Grundbegriffen" anging, so hat er nebenbei auf Hegel hingewiesen. Er glaubte an die den Dingen immanenten „Ideen", die sich in einer eigentümlich idealistischen und schwer durchschaubaren Weise dem Material ablauschen ließen. Das Material war ein Produkt des Gesetzgebers, der Geschichte, der politischen Willensbildung. Gleichwohl barg es jene „Grundbegriffe", so dass man die Arbeit des Dogmatikers darin sehen kann, das jeweils Zufällige abzustreifen, das Typische zu finden und in einen „Rechtsbegriff" zu überführen. Rechtsbegriffe wiederum, befreit von den konkreten Inhalten, konnten in einen systematischen Zusammenhang eingebunden werden.

Die der sog. Konstruktionsjurisprudenz so oft gedankenlos und formelhaft vorgeworfene „Lebensfremdheit" kann jedenfalls bei Otto Mayer nicht festgestellt werden. Er wusste als juristischer Praktiker, welche Elemente er für seine Konstruktionen brauchen konnte und wie sie sich in der Wirklichkeit bewährten. Seine Gabe der Abstraktion und der griffigen Formulierung erleichterte es ihm, seinen Einteilungen Plausibilität zu geben. Verfassungsrechtlicher Hintergrund ist die konstitutionelle Monarchie in ihrer besonderen Ausprägung als Rechtsstaat. Sie brauchte, um rechtlich zu funktionieren, feste Begriffe, und diese gaben, wie Mayer sagte, „jenes eherne Gleichmaß, auf dem für das Gemeinwesen der Segen des Rechts beruht"[*18].

Im Einzelnen sind es die Grundfiguren des Verwaltungsakts, also der obrigkeitlichen Verfügung, die „dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll" und die den Anknüpfungspunkt

16 M. Fioravanti. La Scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento. Bd. I. Milano: Giuffrè 2001, S. 67 *ff.*, S. 181 *ff.*, S. 201 *ff.*; L. Mannori, B. Sordi. Storia del diritto amministrativo. Roma-Bari: Laterza 2001, insbes. S. 305 *ff.*

17 O. Mayer. Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. – Archiv des öffentlichen Rechts 1888, S. 3.

18 O. Mayer. Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht (1908). – O. Mayer (hrsg. v. E. V. Heyen). Kleine Schriften zum öffentlichen Recht. Bd. I. Berlin: Duncker & Humblot 1981, S. 284.

für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle bietet*[19], weiter das „öffentliche Eigentum", die Unterscheidung von Gemeingebrauch und Sondernutzung, von öffentlichrechtlicher Körperschaft und Anstalt, von Steuer, Gebühr und Beitrag, von allgemeinem und besonderem Gewaltverhältnis. Mayer hat überall auf älteren Fundamenten weitergebaut, präzisiert und, wo es ihm nötig schien, Zwecküberlegungen ausgeschieden und sich auf das formale Strukturelement konzentriert. Das begründete seinen Erfolg, provozierte allerdings auch die Kritik der dadurch faktisch verdrängten Vertreter der Verwaltungslehre, aber auch solcher Theoretiker, die versuchten, die Abtrennung des Verwaltungsrechts von den materialen Werten und den Zielen der Verfassungen zu verhindern. Letzteren erschien der Weg Otto Mayers ein Irrweg, weil seine Heraushebung der formalen rechtlichen Elemente dem „Recht" eine zu hohe Bedeutung für die Verwaltung zu geben schien. Verwaltung, so wurde gegen Mayer stets argumentiert, sei eben mehr als Recht, sie bedeute „arbeitende Verfassung", eigenständige politische Gestaltung der Exekutive. Diese Kritiker fürchteten die Verengung dieser Gestaltungsfreiheit und, nicht zuletzt, eine Überantwortung der Verwaltungskontrolle an die Dritte Gewalt.

Die Kritik nutzte Argumente, wie sie auch im Reichsstaatsrecht gegen den sog. Gerber-Labandschen Positivismus vorgebracht wurden, etwa von Albert Hänel (1833–1918) und Otto von Gierke (1841–1921) oder von ihren Schülern Erich Kaufmann und Hugo Preuss. Insbesondere Kaufmann hat eine wichtige Beurteilung des Werks von Otto Mayer geschrieben und an die Verwaltungslehre sowie an die historische Perspektive erinnert*[20]. Gegen den Rechtspositivismus im Verwaltungsrecht zu votieren, drückte nicht nur eine methodische Präferenz aus, sondern sagte auch etwas über das Bild der Verwaltung, das dem Kritiker vorschwebte. Es war entweder eine weniger rechtsgebundene, eher autoritär „schöpferisch" verfahrende Verwaltung, die sich den Geboten strikter rechtsstaatlicher Kontrolle nicht zu fügen brauchte, oder – gerade entgegengesetzt – eine vom Modell des obrigkeitlichen Befehls distanzierte, offenere und demokratischere Verwaltung, die ihre Legitimation auch aus der Einbeziehung der Bürger gewinnt. Unter diesen Kritikern waren auch solche, die den von Otto Mayer geschaffenen Allgemeinen Teil für zu einseitig öffentlichrechtlich hielten, weil er nicht hinreichend auf Mischphänomene wie die entstehende kommunale Leistungsverwaltung, das Wirtschaftsrecht oder das Technikrecht reagieren konnte. Jedenfalls wurde bald festgestellt, dass das Grundmodell des belastenden Verwaltungsakts zu einfach, dass das öffentliche Sachenrecht nicht notwendig und dass die Ablehnung des öffentlichrechtlichen Vertrags nicht sachgerecht war.

Zunächst jedoch galt Otto Mayer in der Zeit von 1900 bis zum Ersten Weltkrieg als unbestrittene Autorität. Die „überragende wissenschaftliche Bedeutung des Mayer'schen Verwaltungsrechts" schien „über jeden Zweifel erhaben". Fritz Fleiner, Karl Kormann, Paul Schoen, Gerhard Anschütz, Walter Jellinek, Richard Thoma, Ottmar Bühler, Otto Koellreutter oder der Schwede Carl-Axel Reuterskjöld (1870–1944) sind in ihren verwaltungsrechtlichen Arbeiten ebenso von ihm geprägt wie der österreichische Kritiker Ludwig Spiegel. So gab etwa Fritz Fleiner, der 1905 einen kleinen „Grundriß zu Vorlesungen über Verwaltungsrecht" veröffentlicht hatte, 1906 einen wissenschaftsgeschichtlichen Rückblick, der das neue Selbstgefühl des jungen Faches noch einmal zusammenfasst: „Aus einer Mischlehre, welche Geschichte, Politik und Nationalökonomie bunt vermengte, ist die Wissenschaft des deutschen Verwaltungsrechts zum Range einer juristischen Disziplin herangewachsen, die mit derselben streng juristischen Methode, durch welche die Wissenschaft des Zivilrechts groß geworden ist, es unternommen hat, die Rechtsgrundsätze für die Beurteilung der Verhältnisse der öffentlichen Verwaltung zu gewinnen"*[21].

Fleiner war es auch, der 1911 mit seinen „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts" die Reihe der wichtigsten Lehrbücher jener Gründungsphase des Fachs abschloss. Er wirkte damit auf wenigstens zwei Generationen deutscher und schweizerischer Verwaltungsrechtler stilbildend*[22]. Bei aller Offenheit gegenüber der Empirie und der Geschichte der Verwaltung konzentrierte er sich, Otto Mayer im Prinzip folgend, auf die rechtlichen Grundbegriffe und das Rechts- und Pflichtenverhältnis zwischen Staat und Bürger samt Rechtsschutz. Das war in einer liberalen Variante der überall erreichte Stand vor dem Ersten Weltkrieg. Der Staat, gleichviel ob Monarchie oder Republik, war Verfassungsstaat und bürgerlicher Rechtsstaat. Die

[19] W. Pauly. Verwaltungsakt. – A. Erler, E. Kaufmann (Hrsg.). Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte. Bd. V. Berlin: Schmidt 1998, S. 875–877.

[20] E. Kaufmann. Verwaltung, Verwaltungsrecht. – K. M. J. L. Stengel, M. Fleischmann (Hrsg.). Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Bd. III. Tübingen: Mohr 1914, S. 688–718, auch in E. E. Kaufmann. Gesammelte Schriften. Bd. I. Göttingen: Schwartz 1960, S. 75 *ff*.

[21] F. Fleiner. Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Tübingen: Mohr 1906, S. 8.

[22] A. Kley. Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz. Zürich, St. Gallen: Dike 2011, S. 68–73.

Verwaltung war an das Gesetz gebunden; ihre Residuen von Ungebundenheit lagen in den Ermessenstatbeständen und im Leistungsverwaltungsrecht.

Der Verwaltungsrechtsschutz durch unabhängige Gerichte war noch nicht perfekt, aber doch im Grundsatz akzeptiert. Er hatte 1863 in Baden begonnen, war dann 1874/75 auch in Preußen, Bayern, Württemberg und Österreich eingeführt worden und erreichte bis zum Ersten Weltkrieg fast alle deutschen Staaten*[23]. Die Rechtsprechung der neuen Oberverwaltungsgerichte oder Verwaltungsgerichtshöfe prägte die weitere Verfeinerung des Verwaltungsrechts, ja man kann sagen, dass Wissenschaft und Rechtsprechung Hand in Hand arbeiteten. Sie schufen gemeinsam einen Grundbestand an Rechtsfiguren, mit denen sie das Verwaltungshandeln typisieren und als rechtliches Handeln deuten konnten. Sie taten dies im Wesentlichen ohne Bezugnahme auf Grundrechte, auf übergeordnete Verfassungsprinzipien oder gar auf Naturrecht. Das parlamentarisch beschlossene Gesetz war für sie das letzte Wort. Dieser keineswegs realitätsblinde oder nur obrigkeitshörige Gesetzespositivismus, wie später behauptet worden ist, war Ausdruck einer gewissen politischen Ruhelage zwischen dem mehrheitlich nationalliberalen Bürgertum und der monarchischen Gewalt, die sich ihrerseits den Maßstäben des bürgerlichen Rechtsstaats fügte.

Im Rückblick auf die „gute alte Zeit" vor 1914 sieht allerdings man heute deutlicher, wie labil diese Ruhelage war. Das Kaiserreich war unter dem „persönlichen Regiment" von Wilhelm II. keineswegs ungefährdet, und sein größter Staat Preußen praktizierte noch das zunehmend als Belastung empfundene Dreiklassenwahlrecht. Die Arbeiterbewegung war politisch mehr oder weniger ausgeschlossen. Die industrielle Massengesellschaft kündigte sich an. Die Fin de Siècle-Stimmung mit ihrer unruhigen Sinnsuche in der Philosophie und in den bildenden Künsten reagierte sensibel auf die gesellschaftlichen Verschiebungen und auf das Ende der das 19. Jahrhundert prägenden Ideologien. Das Recht der Wirtschaft auf der einen, das kollektive Arbeitsrecht mit dem Recht der Sozialversicherung auf der anderen Seite entstanden, das Recht der Technik und die rechtsähnliche Normierung der Massenproduktion breiteten sich aus*[24]. Auch der sich nun ab etwa 1910 regende „antipositivistische" Widerstand, der die geschichtlichen, ökonomischen und politischen Elemente wieder in die rechtswissenschaftliche Diskussion zurückholen wollte, wirkte hier und da in das Verwaltungsrecht hinein. Doch blieben alle diese Vorgänge vor dem Ausbruch des Weltkriegs in der Verwaltungsrechtswissenschaft fast unbemerkt. Zu stark war die Befriedigung darüber, erst einmal die Anerkennung als eigenständige Disziplin des Rechts erreicht zu haben. Zudem wirkte die Illusion, das Verwaltungsrecht sei ein krisenfestes Fach. Die Staaten mochten ihre Verfassung wechseln, ja die Monarchien stürzen, aber einen Staat und eine geordnete Verwaltung müsse es immer geben. Das war, wie wir heute nach den Erfahrungen des 20. Jahrhunderts wissen, nur die halbe Wahrheit, und vielleicht nicht einmal dies.

[23] M. Stolleis. Hundertfünfzig Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit. – Deutsches Verwaltungsblatt 2013, S. 1274–1280.

[24] M. Vec. Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Frankfurt a. Main: Klostermann 2006; V. Hierholzer. Nahrung nach Norm. Regulierung von Lebensmittelqualität in der Industrialisierung 1871–1914. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2010 – DOI: http://dx.doi.org/10.13109/9783666370175.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.03

Joachim Rückert

Prof. Dr. jur.
Universität Frankfurt am Main

Perversion der Verwaltung – Verwaltung der Perversion in der NS Zeit[*1]

Mein heutiges Thema bedarf besonderer Umsicht und Vorsicht. Es geht um eine schreckliche Zeit mit vielen Verbrechen, gerade auch unter dem Deckmantel angeblichen Rechts. Rechtsfassaden sind auch und immerhin meist ein Diktaturelement. Offene Willkürherrschaft ist selten. Im Gegensatz zu vielen von Ihnen habe ich die Zustände und Rechtszustände einer totalitären Diktatur niemals persönlich erlebt. Mein Interesse als Historiker und Zeitgenosse ist dennoch auch ein persönliches. Immer wieder möchte ich dazu beitragen, die Bedingungen und Faktoren, die solche Zeiten ermöglichten und formten, besser zu verstehen und daraus zu lernen für die eigene Zeit.

Die elementare Wucht des Themas ‚NS-Zeit', in welcher Variante auch immer, ist mir freilich doch auch persönlich näher getreten. Denn ich lebte zufällig 16 Jahre, gerade von 1968-1984, gewissermaßen im Angesicht des „Lagers", wie man sagte, nämlich in Dachau bei München. Ich war also als junger Jurist unvermeidlich ziemlich konfrontiert mit schweren und typischen NS-Verbrechen, auch an vielen Priestern und deutschen Dissidenten in diesem ersten sog. Konzentrationslager. Schon früh in den 1970er Jahren wirkte ich daher als Assistent in der Münchner Rechtsgeschichte mit an Seminaren zur NS-Zeit.

In den Anfängen und Entwicklungen der modernen Staatsverwaltung, die hier unser Rahmenthema sind, war das Verwaltungsrecht groß geworden durch die, wie man sagte, zivilrechtliche Methode. Darin lag zum einen eine gewisse Ausblendung einiger ‚bloß' politischer, ethischer, ökonomischer Realitäten, zum anderen aber der Versuch, einigen grundlegenden Rechtsbegriffen realere Bedeutung zu verschaffen und damit eine gewisse Willkürabwehr durch Recht zu leisten. In der NS-Zeit werden diese Rechtsbegriffe „umgedacht", wie es hieß[*2], und für ideologische Willkür geöffnet. Was sie groß gemacht hatte, wird nun bewusst kleingedacht, ihre Funktion wird verkehrt, pervertiert. Aber warum ist in meinem Titel zweimal von Perversion die Rede?

I. Eine doppelte Perversion

Es geht mir dabei in der Tat um eine Blickerweiterung, ja um einen Perspektivenwechsel. Denn die entscheidende Veränderung liegt nicht in einer Perversion der Verwaltung, obgleich es sie gegeben hat, sondern in der neuen Funktion der Verwaltung und des öffentlichen Rechts, nun die ideologische Perversion zu verwalten. Darin lag die neue Aufgabe, die Funktion des Rechts war dieser Aufgabe untergeordnet.

---

1 Vortrag in Tartu am 24. Oktober 2013. Der Vortragstil wurde beibehalten und der Text nur um das im Vortrag aus Zeitgründen Gekürzte und wenige Hinweise ergänzt.

2 Dazu exemplarisch B. Rüthers. Wir denken die Rechtsbegriffe um … Weltanschauung als Auslegungsprinzip. Zürich: Ed. Interfrom u.a. 1987.

1. Perversion, das heißt und hieß?

Über Perversion spricht man vor allem als eine Frage der menschlichen Biologie und Handlungsweisen und nicht der Verwaltung und des Verwaltungsrechts. Es bedeutet die Sinnverkehrung von für natürlich gehaltenen Eigenschaften, Einrichtungen oder Zwecken. Die Beispiele kommen meist aus dem Bereich der Sittenverderbnis, der Geschlechterrollen oder radikalisierter Eigenschaften wie Grausamkeit, Machtgier oder Geldgier. Über etwas wie ‚natürliche' Eigenschaften von Recht oder gar Verwaltungsrecht herrscht gewiss keine Einigkeit. Für die Zeit des Nationalsozialismus hat man sich dennoch nicht ohne Grund dieses drastischen Bildes bedient, ja es wurde sogar aus noch unmittelbarer juristischer Zeitgenossenschaft von einem „Inferno von Rechts-Perversionen" gesprochen[*3], einer Unterwelt und Hölle also.

Das Bild der Perversion wird für das NS-Recht nicht mehr häufig verwendet. Es erscheint aber durchaus passend, aus zwei Gründen. Es bezeichnet zum einen eine besonders starke Sinn- und Zweckverkehrung, wie sie gewiss vorlag. Und es umfass t die inhaltliche Perspektive, die bei den meisten anderen, seit langem diskutierten Charakteristiken des NS-Rechts fehlt. Ich denke an berühmte Strukturstichworte wie das in Deutschland besonders akzeptierte Kennwort Doppelstaat für die NS-Diktatur seit Ernst Fraenkel 1940[*4], das zugeschärfte Wort Unstaat oder Nicht-Staat, kurz: das biblische Ungeheuer Behemoth, von Franz L. Neumann 1936[*5], und die neueren Kategorien totale oder totalitäre Herrschaft oder Staat schon bei Neumann 1942/1977[*6], dann ausführlich und sehr verbreitet durch Hannah Arendts The Origins of Totalitarianism [*7] sowie durch Carl Joachim Friedrich in Totalitarian Dictatorship and Autocracy, 1956[*8], aber schon seit 1937 angelegt, oder Faschismus (so Sinowjew auf der Kommunistischen Internationale 1922, und die Komintern Dezember 1933).

Wir befinden uns also mit dem Stichwort Perversion inmitten der Großdeutungen zu Faschismus, Nationalsozialismus und Kommunismus als Herrschaftssystemen. Fraenkel sah 1941 im Konzept des Doppelstaates den „Schlüssel zum Verständnis der nationalsozialistischen Herrschaftsordnung" und ihr „kennzeichnendes Merkmal". Diese Sicht ermöglichte ihm die erwünschte Deutung als eine neueste Art von Kapitalismus, als einerseits technisch rational in den Mitteln, aber zugleich substantiell irrational in den Zielen.[*9] Neumann fand, etwas später, dabei die Rechtsfunktion überhaupt verschwunden oder negiert. Ein solches System verdiene nur „den Namen Recht", „wenn Gesetz nichts weiter wäre als der Wille des Souveräns, ganz entschieden nein, wenn Gesetz im Gegensatz zum Befehl des Superstars entweder der Form oder dem Inhalt nach rational sein muss." Und rational soll hier heißen: „Ist das generelle Gesetz die Grundform des Rechts, ist Recht nicht nur *voluntas*, sondern auch *ratio*, dann können wir nicht davon sprechen, dass im faschistischen Staat [des Nationalsozialismus] ein Recht existiert. Recht als vom politischen Befehl des

3 F. v. Hippel. Die Perversion von Rechtsordnungen. Tübingen: Mohr 1955, Vortrag 1953, XVI und 213 S., hier S. VII.

4 Siehe: E. Fraenkel. The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship. New York: Oxford University Press 1941, 241 S. (Repr. 1969, Deutsche Rückübersetzung Frankfurt a. Main 1974, 2. Aufl. 2001; 3. Aufl. 2012). Zur Verbreitung soeben H. Dreier. Nachwort. Was ist doppelt am „Doppelstaat"? Zu Rezeption und Bedeutung der klassischen Studie von Ernst Fraenkel. – E. Fraenkel (hg. von Alexander von Brünneck). Der Doppelstaat. 3. Aufl. Hamburg: Europ. Verl.-Anst. 2012, S. 274–300. Im umfassenden Karlsruher virtuellen Katalog ist übrigens kein Exemplar der englischen Ausgaben in deutschen Bibliotheken nachweisbar (Abfrage März 2014).

5 Siehe: F. L. Neumann. Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism. Toronto: Oxford University Press 1942, 542 S. (2. Aufl. London: Gollancz 1943, 649 S. mit neuem Anhang; mehrere Reprints bis 2009; deutsche Übersetzung unter dem Titel: Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944, Frankfurt a. Main 1977, als Taschenbuch 1984, 805 S., 5. Aufl. 2004).

6 Als Überschrift bei F. L. Neumann (Fn. 5), Anhang 1944/1984 S. 553: I. Der totalitäre Staat im Krieg; auch schon S. 85 *ff.*, aber nicht schon als allgemeine Konzeption, da er Partei und totalitären Staat gegeneinander setzt (S. 90 *ff.*) und der totalitäre Staat dabei nur ein Element des Gesamtsystems ist.

7 H. Arendt. Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Frankfurt a. Main: Europ. Verl.-Anst. 1955, S. 782 (eine deutsche Bearbeitung von: The Origins of Totalitarianism. New York: Harcourt 1951, 477 S.; als Taschenbuch – 15. Aufl. München: Piper 2013, 1014 S.).

8 C. J. Friedrich. Der Verfassungsstaat der Neuzeit. Berlin u.a.: Springer 1953, 819 S. – DOI: http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-94600-4 (= eine deutsche Bearbeitung von: Constitutional Government and Democracy. Boston: Ginn 1950, zuerst New York 1937, 591 S.; 2. Aufl. 1946, 4. Aufl. 1968, 728 S.; siehe 1953, S. 531–535 über „Bonapartismus, Faschismus, Nationalsozialismus"; dann C. J. Friedrich und Z. Brzezinski. Totalitarian Dictatorship and Autocracy. Cambridge/Mass: Harvard University Press 1956, 346 S. (deutsche Übersetzung: C. J. Friedrich. Totalitäre Diktatur (unter Mitarbeit von Zbigniew Brzezinski). Stuttgart: Kohlhammer 1957, 315 S.).

9 E. Fraenkel (1974) (Fn. 4), S. 13, 24; siehe mit Nachweisen J. Rückert. Zeitgeschichte des Rechts: Aufgaben und Leistungen zwischen Geschichte, Rechtswissenschaft, Sozialwissenschaften und Soziologie. – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (115) 1998, S. 1–85, hier S. 63–70: Diktaturenvergleich: Doppelstaaten, Unrechtsstaaten, Scheinrechtsstaaten (S. 64), besonders bezüglich der DDR.

Souveräns geschiedenes Phänomen ist nur dann denkbar, wenn das Recht sich [mindestens] im allgemeinen Gesetz manifestiert." *Ergo* folgt: „Die absolute Leugnung der Allgemeinheit des Gesetzes ist der Kernpunkt nationalsozialistischer Rechtstheorie."[*10]

Eine Parallele dazu bietet Hans Kelsen seit 1934 in seiner „Reinen Rechtslehre", wenn er zum Problem „Geltung und Wirksamkeit" des Rechts am Ende festhält, „daß das Recht zwar nicht ohne Macht bestehen kann, dass es aber doch nicht identisch ist mit der Macht. Es ist … eine bestimmte Ordnung (oder Organisation) der Macht"[*11] - mit Neumann könnte man sagen, nicht nur der Befehl eines Souveräns.

Die Strukturperspektive und die Inhaltsperspektive müssen natürlich verknüpft werden. Die inhaltliche Perspektive, die in Perversion deutlich mitumfasst ist, erscheint jedenfalls ebenso wichtig wie die mehr strukturelle. In diesem Sinne und nur in diesem Sinne bevorzuge ich heute die inhaltliche Perspektive einer Perversion. Denn gerade eine solche auch inhaltliche Verkehrung gegenüber der Lage zuvor wird man in der Tat in vielen Bereichen für die Zeit des Nationalsozialismus in Deutschland behaupten können. Dabei handelt es sich bei der Perversion als solche noch um ein strukturelles Merkmal, es kommt für diese erste Verkehrung noch nicht auf den konkreten Inhalt an. Das gilt auch für die Rechtsordnung. Die nationale, egalitäre und liberal-soziale Weimarer Rechtsordnung seit der Verfassung von 1919 wurde verkehrt in eine imperiale, antiegalitär-rassische, antiliberal-totalitäre, antiindividual-kollektive und antisozialistisch und antikommunistisch volksgemeinschaftliche Ordnung. Rasse, Führer/Gefolgschaft und Volksgemeinschaft wurden die maßgebenden Elemente dieser in Deutschland neuartigen Ordnung seit 1933. Strukturell handelt es sich also gewiss um eine Verkehrung. Soll sie auch mit dem Unwerturteil der Perversion belegt werden?

In diesem Zusammenhang ist die Bezeichnung als Perversion natürlich bezogen auf einen bestimmten Normalitätszustand. Was als normal gelten darf, steht freilich weder nach Natur noch nach Vernunft auf Dauer fest. Als anormale Perversion wird das nationalsozialistische Recht im Vergleich mit dem liberalsozialen und egalitären Recht seit der Aufklärung bezeichnet. Eine Reihe von Elementen erscheinen darüber hinaus und in noch längerer Zeitperspektive als Verkehrung dessen, was in der europäischen Kultur ein Minimum von menschlichem Recht sein muss. Man nehme Rechtssätze wie zum Beispiel der NS-Lehrsatz „*nullum crimen sine poena*", also Strafe für jedes „Verbrechen", auch ohne individuelle Schuld, oder die Forderung von Leistung ohne Rücksicht auf die persönlich-physische oder die finanzielle Möglichkeit und Leistungsfähigkeit, etwa in den Zwangslagern (KZs) oder bei den Vermögensforderungen gegen Juden, entgegen dem schon römischen Rechtsatz „*impossibilium nulla est obligatio*"[*12]. In diesem Sinne, und aus einer solchen Perspektive für ein Minimum von Recht, kann man auch inhaltlich von Perversion sprechen. Es versteht sich, dass dabei bestimmte Auffassungen über Minimalanforderungen an faires Recht vorausgesetzt sind. Das lässt sich präzisieren.

Dieses rechtliche Minimum, das verkehrt wird, lässt sich auf fünf allgemeine Punkte bringen, die alle dem gleichen Ziel entspringen. Es soll Ungerechtigkeit vermieden werden, und zwar in dem schlichten abstrakten Sinne, dass Gleiches möglichst gleich behandelt werden soll und Ungleiches ungleich. Dem dienen:

(1) Regeln überhaupt, um eine gewisse Gleichmäßigkeit zu ermöglichen und zu fördern; so besonders Kant 1797[*13];
(2) Regeln von einer gewissen Allgemeinheit, personal und sachlich, um gezielte Privilegien und Benachteiligungen zu hemmen, siehe besonders Neumann 1942, wie erwähnt[*14];

---

10 Siehe *ibid.*, S. 65 *ff.* und F. L. Neumann (Fn. 5), S. 530, 522, 523. Im Vorwort der 2. Aufl. von 1944 (dt. 1984, S. 22) geht er daher anders als Fraenkel davon aus, dass der „heute noch bestehende Dualismus von Staat und Partei" verschwinden werde und damit die „Relikte des rationalen Verwaltungsstaates restlos beseitigt" würden zu Gunsten einer „amorphen, formlosen Bewegung" und eine „mehr oder minder organisierten Anarchie" (s. auch *ibid.*, S. 541).

11 H. Kelsen. Reine Rechtslehre. 1. Aufl. 1934, S. 70, ebenso 2. Aufl. 1960, S. 221.

12 Beispiele nach F. v. Hippel (Fn. 3), S. 15 *ff.*

13 I. Kant. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Leipzig: Solbrig 1797, A S. 33/B S. 34: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann".

14 Dazu besonders F. L. Neumann. Die Herrschaft des Gesetzes. 1936 (deutsche Rückübersetzung Frankfurt a. Main: Suhrkamp 1980); F. L. Neumann. Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft. – Zeitschrift für Sozialforschung (6), Paris 1937, S. 542–596 (etliche Neudrucke); besonders prägnant dann wie zitiert in F. L. Neumann (Fn. 5), S. 522: „Ist das generelle Gesetz die Grundform des Rechts, ist Gesetz nicht nur voluntas, sondern auch ratio, dann können wir nicht davon sprechen, daß im faschistischen Staat ein Recht existiert. Recht als vom politischen Befehl des Souveräns geschiedenes Phänomen ist nur dann denkbar, wenn das Recht sich im allgemeinen Gesetz manifestiert"; auch S. 530: „verdient ein solches System den Namen Recht? Ja, wenn Gesetz nichts weiter ist als der Wille des Souveräns, ganz

(3) Regeln von einer gewissen real praktizierten friedlichen Dauer, um nicht heute so und morgen so zu entscheiden; siehe besonders Kelsen 1934 und 1960[*15];
(4) Regeln, die im Großen und Ganzen befolgt werden, insbesondere vom Rechtsstab, und damit anerkannt sind, siehe besonders Kelsen 1934 und Hart 1961[*16], um nicht in einer Rechtsgemeinschaft Entscheidungen hier so und dort anders, heute so und morgen anders, zuzulassen;
(5) Regeln, die die Menschen nicht zum bloßen unfreien Objekt machen, etwa durch rassische Ächtung, pauschale Schutzhaft, Zwangsarbeit, Vermögenskonfiskation, Strafe ohne Schuld, Euthanasie usw.; siehe besonders Kant 1785[*17].

Alle diese Regeln lassen sich natürlich auch heute, insbesondere in vielen grundrechtlichen und menschenrechtlichen Texten belegen. Ich habe die älteren Ausgangspunkte herangezogen, da hier die Begründungen in der Regel besonders deutlich sind. Diese Prinzipien, die auch die Verwaltung betreffen, wurden im Nationalsozialismus sämtlich und gezielt verkehrt bis in ihr makabres Gegenteil.

2. Verwaltung der Perversion

Mit meinem zweiten Titel möchte ich die zuletzt angesprochene inhaltliche Perspektive betonen. Denn es geht bei der Perversion von Verwaltung und Verwaltungsrecht im Nationalsozialismus um zweierlei: zum einen um die strukturelle Perversion der Verwaltung als Technik und als professionelles Instrument der Regierungen. Die Verwaltungshierarchie stützt dann die Durchsetzung beliebiger Zwecke, statt nur die Verantwortungen klar zu ordnen. Ihre abgegrenzten Formen (Gesetz, Verordnung, Verwaltungsakt, Satzung usw.) schützen nicht mehr, sondern werden vermischt und unerheblich. Technische Versiertheit und Routine stützen nun die Verkehrungen statt die rechtlichen Zwecke. Die rechtlichen Zwecke selbst werden immer pauschaler und flexibler formuliert und dadurch relativiert und sabotiert. Die Verwaltung arbeitet weiter wie ein Uhrwerk, aber die Zeiten sind anders eingestellt. Zugleich häufen sich kaum berechenbare Entscheidungen wegen besonderer, einzelner Eingriffe und Durchgriffe. Es entsteht trotz aller Technik eine Art Regellosigkeit und damit Willkür. Das kann noch „dual" sein mit Fraenkel, aber auch dominant werden als Nichtrecht und Unstaat mit Neumann. Es hat wieder einmal wenig Sinn, beide Konzepte gegeneinander auszuspielen. Sie passen beide, nur auf durchaus verschiedene Fälle. Fraenkel erfasste die Zeit bis 1939/40, Neumann bis 1942 bzw. 1944.

Neben dieser strukturellen Perversion steht zugleich eine inhaltliche. Sie ist meines Erachtens sogar wichtiger und relevanter, denn sie traf die Menschen unmittelbar. Die Techniken als solche waren eher Instrument und sekundär, obgleich sie schon ein gewisses Fundament für Perversion schufen, wie erwähnt. Die inhaltliche Verkehrung der Verwaltungsziele, -aufgaben und -entscheidungen seit 1933 muss man nun umfassend nennen. Aufgabe war nicht mehr, eine liberal-soziale und egalitäre Ordnung zu verwalten, sondern eine nationalsozialistische Ordnung. Das erscheint zunächst banal, hatte aber grundlegende Folgen. Ja diese Verkehrung lässt sich wohl auf einige zentrale Elemente zurückführen, und zwar auf eine bestimmte

entschieden nein, wenn Gesetz im Gegensatz zum Befehl des Souveräns entweder der Form oder dem Inhalt nach rational sein muss. Das nationalsozialistische Rechtssystem ist nichts anderes als eine Technik der Manipulation der Massen durch Terror."; und S. 531: „Behemoth [bei Hobbes] schildert England zur Zeit des Langen Parlaments und soll einen Unstaat, einen Zustand vollkommener Gesetzlosigkeit, darstellen."

15 Siehe besonders H. Kelsen. Reine Rechtslehre. 2. Aufl. Wien: Deuticke 1960, S. 49 *ff.*: Es gehe bei der Rechtsfunktion um „jenes Minimum an kollektiver Sicherheit .., das die Bedingung einer relativ dauernden Wirksamkeit der die Gesellschaft konstituierenden Ordnung ist. Kollektive Sicherheit oder Frieden ist eine Funktion, die die als Recht bezeichneten Zwangsordnungen auf einer gewissen Stufe der Entwicklung tatsächlich haben. Diese Funktion ist eine objektiv feststellbare Tatsache ... keinerlei Werturteil" sei damit verbunden.

16 *Ibid.*, S. 218 *f.*; Herbert L. A. Hart. The Concept of Law. Oxford u.a.: Clarendon Press 1961, S. 78: Notwendig sei "the idea of a rule, without which we cannot hope to elucidate even the most elementary forms of law." und S. 113: "two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system [in a modern state]. On the one hand ... rules must be generally obeyed ... and its rules of recognition ... and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behavior by its officials."

17 Bei Kant noch als ethisches Postulat, siehe I. Kant. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Riga: Johann Friedrich Hartknoch 1785, BA S. 67 (Akademieausgabe. Bd. IV, S. 429, Werke ed. W. Weischedel. Bd. VII, S. 61): „Der Mensch aber ist keine Sache, mithin nicht etwas, das blos als Mittel gebraucht werden kann, sondern muss bei allen seinen Handlungen jederzeit als Zweck an sich selbst betrachtet werden."; inzwischen positiv verrechtlicht, s. etwa Art. 1 I 1 Deutsches Grundgesetz 1949 (GG): „Die Würde des Menschen ist unantastbar."

„Unrechtsidee"[*18], konkreter auf eine systematische Ungleichbehandlung[*19] der bis dahin rechtlich gleichen Menschen und etwas wie einen Politikvorbehalt im Recht[*20]. Die Ungleichbehandlung traf insbesondere Juden und andere sog. Nichtarier, aber auch die eigenen Volksgenossen als „politisch Zuverlässige" oder „Unzuverlässige", wie es in den Zeugnissen und dienstlichen Beurteilungen steht, als „Verräter" und „Saboteure", wie es die Gestapo und das Strafrecht nannten[*21]. Der Politikvorbehalt konnte alle treffen – eine Allzweckwaffe.

In diesem Sinne gehe ich also aus von einer doppelten Perversion, einer der Verwaltung, und einer grundlegenden Rechtsverkehrung, die diese Verwaltung nun verwaltet.

II. Welcher Gegenstandsbereich ist mit „Verwaltung" gemeint?

Verwaltung kann viel bedeuten. Sie kann privates, wirtschaftliches und gesellschaftliches Handeln ebenso meinen wie rechtliches. Hier geht es um öffentliche Verwaltung und rechtliche Verwaltung, kurz: Staatsverwaltung als organisatorische Einheit und materielle Tätigkeit im Rahmen des Rechts. Im Rahmen der klassischen Gewaltenbalance geht es im wesentlichen um die Exekutive. Beiseite lassen muss ich die kommunale Selbstverwaltung, in der sich staatliche und autonom gemeindliche Verwaltung damals wie heute begegnen.

Im Folgenden werde ich beide Perversionen an Beispielen aufzeigen, die der Verwaltung und ebenso das Phänomen der Verwaltung der Perversionen. Ich verwende den Plural „Perversionen", um das Phänomen nicht nur allgemein, sondern etwas konkreter, in seiner Vielfalt, zu erfassen. Dabei unterscheide ich wieder die mehr technische und die mehr inhaltliche Seite.

III. Durchführung 1: Perversionen der Verwaltung – die mehr technische und strukturelle Seite

Perversionen der Verwaltung zeigen sich am deutlichsten, wenn die Verwaltung von ihren normalen rechtsstaatlich professionellen Formen und Techniken abgeht. ‚Rechtsstaatlich' bedeutet dabei vor allem den Vorrang des allgemeinen Parlamentsgesetzes und die Bindung der Verwaltung daran. Deren Verkehrung zeigt sich vor allem in folgenden Beispielsgruppen, wobei sich die Aspekte auch überlagern können. Vier Bereiche verdienen Hervorhebung: das Handeln ganz ohne Rechtsgrundlage, das ohne Kompetenz, die Formenmischung und das Handeln unter Politikvorbehalt.

18 So F. v. Hippel (Fn. 3), S. 14, in freilich sehr weiter Perspektive.

19 Grundlegend dazu D. Majer. "Fremdvölkische" im Dritten Reich. Ein Beitrag zur nationalsozialistischen Rechtsetzung und Rechtspraxis in Verwaltung und Justiz unter besonderer Berücksichtigung der angegliederten Ostgebiete und des Generalgouvernements. Boppard a. Rhein: Boldt 1981; zusammenfassend D. Majer. Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Führerprinzip, Sonderrecht, Einheitspartei. Stuttgart u.a.: Kohlhammer 1987, hier Teil 2: Das Prinzip des Sonderrechts. („völkische Ungleichheit") im nationalsozialistischen Staat, S. 117–200.

20 Konkreter dazu am Beispiel Strafrecht J. Rückert. Strafrechtliche Zeitgeschichten – Vermutungen und Widerlegungen. – Kritische Vierteljahresschrift (84) 2001, S. 233–264, hier 242–244; genereller jetzt auch B. Mertens. Rechtssetzung im Nationalsozialismus. Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts (62). Tübingen: Mohr Siebeck 2009, hier S. 137 im Fazit; mit ihm auch Horst Dreier in seiner ausführlichen Rezension, siehe H. Dreier. – Göttingische gelehrte Anzeigen (263) 2011, S. 80; s. noch unten bei Fn. 48 zu zeitgenössischen Stimmen.

21 F. v. Hippel (Fn. 3), S. 32.

1. Handeln ohne Rechtsgrundlage in Gesetz oder in korrekt abgeleiteter Verordnung

Dafür zwei bedeutende Beispiele:

(1) Ein kapitales Beispiel liefert sofort Anfang 1933 der sog. Schießbefehl Görings, den Göring als Reichskommissar für das preußische Ministerium des Inneren vom 17.2.1933[*22] vor den Reichstagswahlen im März und im Rahmen des so genannten 2. Preußenschlags[*23] verkünden ließ:

> *„… Gegen kommunistische Terrorakte und Überfälle ist mit aller Strenge vorzugehen und, wenn nötig, rücksichtslos von der Schußwaffe Gebrauch zu machen. Polizeibeamte, die in Ausübung dieser Pflichten von der Schußwaffe Gebrauch machen, werden ohne Rücksicht auf die Folgen des Schußwaffengebrauchs von mir gedeckt. Wer hingegen in falscher Rücksichtnahme versagt, hat dienststrafrechtliche Folgen zu gewärtigen. …*"

Und in einer Rede vor Berliner Polizeibeamten am 20. Februar 1933 versuchte Göring, in die Hirne „einzuhämmern"[*24]:

> *„Mit einer Polizei, die Disziplinarverfahren zu fürchten hat, wenn Sie ihre Pflicht tut, kann ich gegen den roten Mob nicht vorgehen. Die Verantwortung muss wieder richtiggestellt werden. Sie liegt nicht bei dem kleinen Beamten auf der Straße, sondern ich muss in Euer Hirn einhämmern, daß die Verantwortung bei mir allein liegt. Ihr müßt Euch klarmachen: wenn ihr schießt, so schieße ich. Wenn dort einer tot liegt, habe ich ihn erschossen, wenn ich auch oben im Ministerium sitze, denn das ist meine Verantwortung allein.*"

Eine ganz ähnliche Anweisung erließ Göring erneut am 4. Oktober 1933 gegen die Verteilung von kritischen Handzetteln und Flugschriften[*25]. Nach 1945, etwa im Nürnberger Prozess, hatte der Angeklagte Göring dies freilich vergessen. Auch 1933 gab es keinerlei Grundlage im Polizeirecht, etwa im preußischen Polizeiverwaltungsgesetz in der Fassung vom 1. Juni 1931[*26] mit seiner polizeilichen Generalklausel:

> *„§ 14 I. Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht wird.*"

Korrekterweise hatte der preußische Staatsrat am 23. Februar 1933 unter anderem auch gegen diesen Erlass protestiert, übrigens unter Mitwirkung Konrad Adenauers für die Stadt Köln:

> *„4. Die im ‚Amtlichen preußischen Pressedienst' mitgeteilten Runderlasse des Kommissars des Reiches für das preußische Ministerium des Inneren [H. Göring] vom 10. und 17. Februar 1933 [Schießerlaß] verstoßen gegen die Artikel 109 [Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich] und 114 [Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig] der Reichsverfassung, da sie eine verschiedene Behandlung der Staatsbürger durch Staatsorgane anordnen. 5. Diese Erlasse entehren nicht nur weite Schichten des deutschen Volkes, sie schaffen ganz offensichtlich zweierlei Recht, beeinflussen die Polizeibehörden in einseitigem Maße und schaffen dadurch eine Rechtsunsicherheit, die der Herstellung geordneter Verhältnisse im Lande Preußen*

---

22 In Ministerialblatt für die preußische innere Verwaltung, 1933, I S. 169; auch in H. Michaelis, E. Schraepler (hrsg. und bearb. unter Mitwirkung von G. Scheel). Ursachen und Folgen. Vom deutschen Zusammenbruch 1918 und 1945 bis zur staatlichen Neuordnung Deutschlands in der Gegenwart. Eine Urkunden- und Dokumentensammlung zur Zeitgeschichte. Bd. 1–26. Berlin: Wendler 1958 bis 1978, Bd. 9: Die Zertrümmerung des Parteienstaates und die Grundlegung der Diktatur. 1964, S. 38. Siehe zu Görings Position als Reichskommissar nach dem sog. 2. Preußenschlag vom 6.2.1933 (nach Juli 1932 und dem Reichsgerichtsurteil vom 25.10.1932) nur die Artt. Preußen, Staatsstreich und Göring, Hermann. – G. Taddey (Hrsg.) Lexikon der deutschen Geschichte bis 1945. 3. Aufl. Stuttgart: Kröner 1998.

23 Dazu knapp und prägnant E. Kolb. Die Weimarer Republik (= Grundriss der Geschichte, 16). München/Wien: Oldenbourg 1984, S. 205–207; ebenso 8. Aufl. 2013, S. 264–267 – DOI: http://dx.doi.org/10.1524/9783486718775.

24 Nach: W. Lautemann, M. Schlenke (Hrsg., bearbeitet von G. Schönbrunn). Geschichte in Quellen. Bd. 5: Weltkriege und Revolutionen: 1914–1945. München: Bayer. Schulbuch-Verl. 1975, S. 279.

25 Siehe in H. Michaelis, E. Schraepler (Hrsg.) (Fn. 22), S. 107.

26 Preußische Gesetzsammlung 1931, S. 77 *ff.*

[dem angeblichen Ziel] widerspricht. Der Staatsrat ersucht seinen Präsidenten, dem Reichspräsidenten die schweren Bedenken gegen den Fortbestand dieser Erlasse zu unterbreiten und den Reichspräsidenten persönlich zu bitten, für die Aufhebung der Erlasse Sorge zu tragen."[*27]

Das Handeln Görings war ohne Rechtsgrundlage. Für die historische Bedeutung war entscheidend: Wer Preußen beherrschte, beherrschte das Reich. [*28] Wer die Polizei beherrschte, beherrschte den Staat. Das zeigte sich dann an der sog. Gleichschaltung der Länderregierungen.[*29]

(2) Ebenso ohne Rechtsgrundlage erfolgten die Taten und die juristische Verarbeitung der sog. Röhm-Morde am 30.6.1934. Sie betrafen bekanntlich nicht etwa nur den konkurrierenden SA-Führer Ernst Röhm (verhaftet und im Gefängnis erschossen), sondern auch den letzten Reichskanzler General von Schleicher (zuhause mit seiner Frau erschossen), wichtige Militärs wie Generalmajor Ferdinand von Bredow (verhaftet und getötet) und exponierte Gegner wie den Leiter der katholischen Aktion Erich Klausener (in seinem Berliner Dienstzimmer erschossen) und weitere etwa achtzig Personen.[*30] Alle diese Tötungen geschahen schlicht gewaltsam. Erst nachträglich wurde versucht, sie zu decken durch ein Einzelfallgesetz als sog. Staatsnotwehr[*31] - eine typische Rechtsfassadenmaßnahme einer Diktatur – dazu noch unten.

2. Handeln ohne rechtliche Kompetenz

Ein extremes Bespiel dafür sind die sog. „Nacht- und Nebel-Verfahren" 1942–1944 auf der Basis von „Richtlinien des Führers für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten, vom 7.12.1941". Danach wurden Häftlinge, die angeblich einer Widerstandsgruppe angehörten, wegen Gewalttaten gegen die Wehrmacht in deutsche Haftanstalten verschleppt und dort isoliert ohne jede Nachrichten.[*32] Das führte zu einer Verurteilung des Ministerialrats Dr. Mettgenberg im Nürnberger Juristenprozess (Nachfolgeprozess Nr. 3[*33]) zu 10 Jahren Zuchthaus.[*34]

3. Vermischung der staatlichen Handlungsformen von Gesetz, Verordnung, Einzelerlasse, Führerbefehle usw.

Ganz generell kann man sehen:[*35] Das Reichsgesetzblatt verliert seine Form als Gesetz-Blatt. Alle möglichen Normen erscheinen nun darin, nicht nur die Gesetze des Reichstages, sondern auch Normen der Regierung, des Führers, der Verwaltung und des Oberkommandos der Wehrmacht. Ab 1938 enthält es

27 Siehe in H. Michaelis, E. Schraepler (Hrsg.) (Fn. 22), S. 97.

28 Das Land Preußen war nach Fläche und sozioökonomischem Gewicht der wesentliche Faktor. Es umfaßte mit 62% mehr als die Hälfte des Reichsgebietes mit rund 293 km² von 470 km², ebenso mit 61,2% der Bevölkerung

29 Siehe nur U. v. Hehl. Nationalsozialistische Herrschaft. München: Oldenbourg 1996, und weitere Aufl., S. 7: „Entscheidende Bedeutung hatte dabei [bei Preußenschlag und sog. Gleichschaltung] jeweils der Zugriff auf die Polizei" – DOI: http://dx.doi.org/10.1524/9783486701883; in Bayern mit der Ernennung Himmlers zum Polizeipräsidenten von München, in Preußen mit der kommissarischen Position Hermann Görings; exemplarisch ist auch der Sturz des Staatspräsidenten in Württemberg, siehe J. Rückert. Diktatur und politisch-rechtliche Verantwortung. Das Beispiel Eugen Bolz (1881–1945). – R. H. Helmholz (Hrsg.). Festschrift für Peter Landau. Paderborn: Schöningh 2000, S. 923–933 (auch in Jahrbuch für juristische Zeitgeschichte 2003/4, S. 461–478).

30 Knapp und informativ die jeweiligen Artt. Röhm-Putsch usw. bei G. Taddey (Hrsg.) (Fn. 22).

31 Dazu ausführlich L. Gruchmann. Justiz im Dritten Reich 1933 bis 1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner (1988). 3. Aufl. München: Oldenbourg 2001, S. 433–483; s. noch unten nach Fn. 63.

32 Dazu besonders L. Gruchmann. „Nacht- und Nebel"-Justiz. Die Mitwirkung deutscher Strafgerichte an der Bekämpfung des Widerstandes in den besetzten westeuropäischen Ländern 1942–1944. – Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1981, S. 342 *ff.*, und nun ergänzend S. Schädler. ‚Justizkrise' und ‚Justizreform' im Nationalsozialismus. Das Reichsjustizministerium unter Reichsjustizminister Thierack (1942–1945). Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts (61). Tübingen: Mohr Siebeck 2009, S. 127 und 325–328.

33 Ein Überblick im Art. Nürnberger Nachfolge-Prozesse. – M. Behnen (Hrsg.). Lexikon der deutschen Geschichte 1945–1990. Stuttgart: Kröner 2002.

34 Siehe die Quellensammlung von L. M. Peschel-Gutzeit (Hrsg.). Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947. Historischer Zusammenhang und aktuelle Bezüge. Baden-Baden: Nomos 1996, hier S. 113–127 zu den Erlassen usw., S. 181–184 zu Mettgenberg.

35 Siehe jetzt vor allem B. Mertens (Fn. 20).

zudem nicht mehr alle „Gesetze" und ab ca. 1943 fast gar keine mehr, sondern vor allem Erlasse, Verfügungen, Verordnungen, Anordnungen usw., oft auch ohne Überschriften. Diese erste Formdurchbrechung wird erheblich verstärkt durch einen ganz neuen Bereich. Denn neben dem Reichsgesetzblatt stehen nun die vielen sog. Führer-Erlasse, wie sie 1997 in der für die besonders relevante Kriegszeit grundlegenden Edition von Moll gesammelt wurden.*[36] Sie zeigen drastisch die Entformung und Entgrenzung, die alle hemmenden Formen abstreifte. Es handelt sich um rund 450 schriftliche und publizierte Erlasse, außer und neben denen noch rund 240 im Reichsgesetzblatt standen, gegenüber nur noch rund 70 Gesetzen ab 1939.*[37] Inhaltlich betreffen die Erlasse so gut wie alle Bereiche bis hin zu ganz Individuellem wie Ordensverleihungen.

Der Führer hat wesentlich mehr entschieden, als meist angenommen wird. Er hat im Schnitt jeden dritten Tag einen Erlass unterzeichnet. Hinzu kommt noch ein deutlicher Anstieg der unveröffentlichten Führererlasse, die teilweise von den Empfängern verbreitet oder in den Fachzeitschriften kommentiert wurden.*[38] Eine ganz neue Art von Verwaltungshandeln wurde auf diese Weise durchgesetzt. Die Rechtswege wurden dadurch völlig unklar. Über die im Großen und Ganzen emsige, verwaltende Perfektion all dieses vielfachen Handelns und seiner Durchführung kann man nur staunen.

Beispiele finden sich zuhauf. Eines der besonders bedrückenden steht 1944 im Reichsgesetzblatt als „Erlaß des Führers über die Bildung des deutschen Volkssturms vom 24. September 1944." Der Erlass beginnt mit den Worten:

> „Nach fünfjährigem schwersten Kampf steht infolge des Versagens aller unserer europäischen Verbündeten der Feind an einigen Fronten in der Nähe oder an den deutschen Grenzen. Er strengt seine Kräfte an, unser Reich zu zerschlagen, das deutsche Volk und seine soziale Ordnung zu vernichten. Sein letztes Ziel ist die Ausrottung des deutschen Menschen … Dem uns bekannten totalen Vernichtungswillen unserer jüdisch-internationalen Feinde setzen wir den totalen Einsatz aller deutschen Menschen entgegen.
>
> Zur Verstärkung der aktiven Kräfte unserer Wehrmacht und insbesondere zur Führung eines unerbittlichen Kampfes überall dort, wo der Feind den deutschen Boden betreten will, rufe ich daher alle waffenfähigen deutschen Männer zum Kampfeinsatz auf."

Das traf alle Männer zwischen 16 und 60 Jahren. Der Erlass war makabrerweise eine relativ generelle Norm, aber natürlich kein Parlamentsgesetz, wofür die Gesetzblätter seit 1789 gegründet worden waren, zumal wenn es um Krieg und Leben und Tod ging.

Geheime, unpublizierte Normen kamen hinzu*[39], z.B. der sog. Endlösungsbefehl*[40] und der sog. Euthanasiebefehl*[41]. Normen von extremer Außenwirkung wurden also gar nicht mehr dem Betroffenen bekannt gemacht – das war eine besonders extreme Formverkehrung. Auch sie wurde gespenstisch-treulich verwaltet. Man denke nur an das durch die Konzentrationslager-Prozesse schon seit 1945 und erneut durch Auschwitz- und den Eichmann-Prozess bekannt Gewordene.

Verwaltung geschah nun auch direkt durch Einzelfall- und Maßnahmegesetze und -verordnungen mit direkter Wirkung, dazu noch später.

In der Tat bot also das Reichsgesetzblatt „nicht allein keine Gewähr mehr für Vollständigkeit, sondern verlor gleichzeitig auch seine exklusive Ausrichtung als Verkündungsorgan von Rechtsnormen."*[42]

---

36 M. Moll. „Führer-Erlasse" 1939 bis 1942. Edition sämtlicher überlieferter, nicht im Reichsgesetzblatt abgedruckter, von Hitler während des Zweiten Weltkrieges schriftlich erteilten Direktiven aus den Bereichen Staat, Partei, Wirtschaft, Besatzungspolitik und Militärverwaltung. Stuttgart: Steiner 1997.

37 Siehe neben Moll nun die Tabellen bei B. Mertens (Fn. 20), S. 159: Gesetze, und S. 160: Erlasse im Gesetzblatt.

38 Alles nach M. Moll (Fn. 36).

39 Auch dazu jetzt B. Mertens (Fn. 20), S. 67–72: „nicht unerhebliche Zahl", zunächst im Bereich Aufrüstung und Kriegsvorbereitung, schon seit Mai 1933, nach Kriegsbeginn besonders als Führererlasse. Gegen die Meinung auf Publikation könne verzichtet werden (J. Heckel 1939/41, Scheuner 1940), stellten sich einige Juristen ungewöhnlich deutlich (B. Mertens (Fn. 20), S. 70 *ff.*: Koellreutter 1942, Weber 1942; grundsätzlich E.R. Huber. – Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1944, S. 336: Es gehe „um das Minimum von Form, auf das nicht verzichtet werden kann, wenn nicht überhaupt das Gesetz als Erscheinungsform des Rechtes zerstört werden soll."). Das bestätigt sozusagen die Meinung Neumanns, s.o. bei Fn. 5.

40 Dazu P. Longerich. Der ungeschriebene Befehl. Hitler und der Weg zur 'Endlösung'. München: Piper 2001.

41 Dazu vor allem L. Gruchmann (Fn. 31), S. 497–534.

42 So B. Mertens (Fn. 20), S. 72, so trocken wie treffend.

4. Staatliches Handeln unter Politikvorbehalt

Politische Stellen mischten sich nun generell und konkret ein, z.B. durch die Umsetzung der häufigen, neuen sog. Gesetzes-Vorsprüche. Ein Beispiel war soeben schon der Erlass über die Bildung des deutschen Volkssturms von 1944. Die juristische Natur dieser Vorsprüche ist nicht offensichtlich. In Weimar galten sie als unverbindlich, heute gilt die Präambel des Grundgesetzes als verbindlich.*[43] Die NS-Präambeln wurden als ohne weiteres rechtsverbindliche Formulierung der konkretisierten NS-Weltanschauung gelobt (etwa von Carl Schmitt), verstanden und praktiziert.*[44] Konsequenterweise wurde ihre Berücksichtigung im Militärregierungsgesetz Nr. 1 der Alliierten sofort verboten, Art. III Ziff. 6. Dazu vier Beispiele und eine Verallgemeinerung:

(1) Besonders ausgeprägt erscheint die Verwendung im „Entwurf eines Volksgesetzbuches Buch I" von 1942*[45] mit der Voranstellung sog. Grundregeln. Einen allgemeinen Vorrang des Volkes formulieren die Regeln 1 mit „oberstes Gesetz" und 7 mit „erste Pflicht":

> *„1. Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes. … 7. Erste Pflicht jedes Volksgenossen ist, seine Kräfte für die Volksgemeinschaft voll einzusetzen …"*

In Regel Nr. 20, 21 und 23 wird dann eine konsequent umfassende Vorgabe festgelegt. Für Richter, Notare und Anwälte sowie die Erklärungen der Volksgenossen im Rechtsverkehr wird unmittelbar die „nationalsozialistische Weltanschauung" maßgebend gemacht:

> *„20. Der Richter ist bei seiner Entscheidung keinen Weisungen unterworfen. Er spricht Recht nach freier, aus dem gesamten Sachstand geschöpfter Überzeugung und nach der von der nationalsozialistischen Weltanschauung getragenen Rechtsauslegung. Im gleichen Geiste haben Notar und Anwalt in ihrem gesamten Wirkungskreis Rechtshilfe zu leisten.*
>
> *21. Die Auslegung der Gesetze ist nicht an ihren Wortlaut gebunden, sondern hat stets den sie rechtfertigenden Zweck zu berücksichtigen. Alle Begriffe und Vorschriften sind so auszulegen und zu handhaben, daß sie einen möglichst hohen Lebenswert für die deutsche Volksgemeinschaft ergeben.*
>
> *23. Erklärungen der Volksgenossen im Rechtsverkehr sind nach den gleichen Grundsätzen auszulegen."*

Sogar die individuellen Willenserklärungen, also jede Rechtserklärung von Jedem und Jeder, sollten also nur gemäß nationalsozialistischer Weltanschauung rechtlich relevant sein. Jeder Vertrag, etwa über Arbeit, Wohnung, Darlehen usw., jede Ehe, jedes Erbe, stand also einer weltanschaulichen Auslegung offen – ein offener, unverhüllter Politikvorbehalt.

(2) Aber auch schon in dem bewusst punktuellen „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs" vom 20. Juni 1935 wurde ausdrücklich die „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze" erlaubt und in § 2 dies über die traditionelle Analogiekompetenz hinaus in die berühmt-berüchtigten Worte gekleidet:

> *„§ 2. Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient…".*

Hier diente die Formel vom gesunden Volksempfinden als bequemes Vehikel eines Politikvorbehalts.*[46]

---

43 Siehe nur H. Dreier. – H. Dreier (Hrsg.). Grundgesetz. Kommentar. Bd. 1. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2013, Präambel Rdn. 23–28.

44 Siehe dazu zusammenfassend, im Titel nicht erkennbar, H. Höger. Die Bedeutung von Zweckbestimmungen in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland. Berlin: Duncker & Humblot 1976, S. 50–58, mit Beispielen wie dem Reichsjagdgesetz 1934 und dem Verfahrensänderungsgesetz 1933; eingehend jetzt, ohne Hinweis auf Höger, B. Mertens (Fn. 20), S. 111–116: Hunderte, Renaissance, Schmitt, Funktionen (politische Zielvorgaben, auch für Lücken und selbst Korrekturen; Belehrung; Volkstümlichkeit).

45 Siehe: J. W. Hedemann, H. Lehmann, W. Siebert (Hrsg.). Volksgesetzbuch. Grundregeln und Buch I. Arbeitsbericht Nummer 22 der Akademie für deutsches Recht. München/Berlin: Beck 1942 und dazu J. Rückert. Zwölf Jahre „Dienst am Recht"? – H. Lück, A. Höland (Hrsg.). Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Nationalsozialismus. Halle 2011, S. 111–137, 122 *ff.*

46 Dazu näher J. Rückert. Das „gesunde Volksempfinden" – eine Erbschaft Savignys? – Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. GermanistischeAbteilung (103) 1986, S. 199–247.

(3) Am Ende war es nur konsequent, den Führer zum „obersten Gerichtsherrn" und „Hüter des Rechts" zu bestimmen. Der Großdeutsche Reichstag tat dies mit „Beschluß" vom 26.4.1942, in einer seiner wenigen noch durchgeführten Sitzungen. Der Führer müsse,

> *„ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein – in seiner Eigenschaft als Führer der Nation, als oberster Befehlshaber der Wehrmacht, als Regierungschef und oberster Inhaber der vollziehenden Gewalt, als oberster Gerichtsherr und als Führer der Partei jederzeit in der Lage sein, jedenfalls nötigenfalls jeden Deutschen – sei er einfacher Soldat oder Offizier, niedriger oder hoher Beamte oder Richter, leitender oder dienender Funktionär der Partei, Arbeiter oder Angestellter – mit allen ihm geeignet erscheinenden Mitteln zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und bei Verletzung dieser Pflicht nach gewissenhafter Prüfung ohne Rücksicht auf so genannte wohlerworbene Rechte mit der ihm gebührenden Sühne zu belegen, ihn im besonderen ohne Einleitung vorgeschriebener Verfahren aus seinem Amte, aus seinem Rang und seiner Stellung zu entfernen."*[*47]

Der Führer wurde also dreifach befreit: von bestehenden Rechtsvorschriften, von wohlerworbenen Rechten und von den vorgeschriebenen Verfahren. Die Entlassungsdrohung galt auch unmittelbar der Verwaltung, ihren Beamten, Angestellten und Arbeitern.

(4) Im gleichen Sinne und ganz konsequent wurde das Parteiprogramm vom 24. Februar 1920 zur offiziösen Rechtsquelle erhoben. Der Text wurde zuerst in der 4. Auflage von 1935 in die heute noch führende „rote" Loseblatt-Sammlung „Deutsche Reichsgesetze" von „Dr. Heinrich Schönfelder, Amtsgerichtsrat in Dresden" eingefügt und zwar als Nummer 1 und anstelle der Weimarer Verfassung – ein Parteiprogramm wurde also an die Spitze der Rechtswelt gestellt. Deutlicher ging es nicht. Im Vorwort wird das so erklärt:

> *„An die Spitze des Teiles ‚Verfassungsrecht' und damit an die des ganzen Bandes habe ich das Parteiprogramm gestellt: seine Grundsätze sollen jedem Arbeiter am deutschen Recht die Richtschnur der täglichen Arbeit sein. … Februar 1935".*

Mit diesem Umbau der Rechtsquellenlehre war der Schlussstein des Politikvorbehalts im gesamten Recht gesetzt. Es fehlte nur noch die wissenschaftliche Verbrämung. Sie folgte alsbald, 1936.

(5) Der Politikvorbehalt wurde nämlich auch allgemein wissenschaftlich formuliert, etwa von den besonders NS-treuen und konsequenten Verwaltungsrechtlern Otto Kollreutter und Theodor Maunz. Kollreuter schrieb 1936: „Verwaltung ist Tat" und „Recht geht vor Gesetz" – so sofort auf der ersten Seite seines Lehrbuchs „Deutsches Verwaltungsrecht". Sein Beitrag wurde treffend so zusammengefasst: „Orientierung am politisch definierten Gemeinschaftswerk, Relativierung der Grenzlinie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Steigerung von ‚Gemeinnutz vor Eigennutz' zur Rechtsquelle und zum Korrektiv der Rechtsordnung sowie das proklamierte Ende des subjektiv-öffentlichen Rechts, dies alles prägt ihn"[*48].

Nach Maunz war Verwaltung nun, 1937, *„Gestaltung des Gemeinschaftslebens durch Arbeit besonders dazu berufener Behörden und Ämter nach einem vom Führer der Gemeinschaft aufgestellten Plan in einer gegebenen Sachlage*".[*49]

Gestaltung nach Plan des Führers, das war die neue Kurzformel für Verwaltung. Verwaltet wurde so die Perversion der überkommenen Rechtsgrundsätze.

Am schnellsten und deutlichsten schrieb wieder Carl Schmitt, gleich 1934 und sofort nach den Röhm-Morden und der Hitler-Rede dazu. Es sei nun *„… Ein fundamentaler Satz unseres gegenwärtigen Verfassungsrechts, der Grundsatz des Vorrangs der politischen Führung …"*.[*50]

---

47 Leicht greifbar abgedruckt etwa in: I. v. Münch (Hrsg.). Gesetze des NS-Staates. Dokumente eines Unrechtssystems. 3. Aufl. Paderborn u.a.: Schöningh 1994, S. 36.

48 So M. Stolleis. Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre. – Deutsche Verwaltungsgeschichte. Bd. 4. Stuttgart: DVA 1985, hier S. 719; auch in M. Stolleis. Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus. Frankfurt a. Main: Suhrkamp 1994, S. 147 *ff*., 167.

49 *Ibid*., S. 220 bzw. S. 168; sehr prägnant und instruktiv auch E. V. Heyen. Totalitäre Aspekte des Verwaltungsbegriffs im Dritten Reich und in der DDR. Ein Vergleich zweier Lehrbücher des Verwaltungsrechts. – Die öffentliche Verwaltung in totalitären Systemen. Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte (10) 1998, S. 221–238; s. zum sog. Politikvorbehalt allgemein auch oben bei Fn. 20.

50 Siehe C. Schmitt. Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934. – Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ) 1934 (Heft 15 vom 1. August), Sp. 945–950, hier Sp. 947. Schmitt war nun als „Staatsrat" und „Prof. in Berlin"

5. Weitere Beispielsbereiche für die Verkehrung des Verwaltens

Ich nenne einige weitere, sehr einschneidende Beispielsbereiche für die instrumentale Verkehrung des Verwaltens nur noch stichwortartig: die Personalverwaltung, die Strafrechtspflege, die Zivilrechtspflege und die rassische Verfolgung:

(1) Die Personalverwaltung: Das Handeln der gesamten Personalverwaltung im öffentlichen Bereich stand unter dem Veto der politischen Stellen.[*51] So mussten bei Berufungen die Gauleiter zustimmen und oft mischten sie sich auch vorher durch bestimmte Wünsche ein; das zeigen etwa die Personalakten des Rechtshistorikers Wilhelm Ebel im Bundesarchiv für seine Berufung nach Rostock. Das betraf die gesamte Personalverwaltung, als politische Kontrolle und Durchgriffe in die Verwaltung durch die Partei, bei Versetzungen, Beförderungen, Ernennungen, Entlassungen usw.[*52] Majer resümiert für die innere Verwaltung:

> *„Nach einem Überblick des Leiters der Personalverwaltung der Personalabteilung im Reichsinnenministerium, Schütze, waren 1937 von den insgesamt 438 politischen Stellen der inneren Verwaltung in Preußen (Oberpräsidenten, Regierungspräsidenten, Landräte) 356 (= 81%) mit NSDAP-Mitgliedern besetzt … Mit anderen Worten: Die Nationalsozialisten hatten alle Schlüsselpositionen übernommen. … Alle 12 Oberpräsidenten wurden durch NSDAP- Funktionäre (gewöhnlich Gauleiter) ersetzt. … Von den 34 Regierungspräsidenten wurden 31 … ersetzt. 264 neue Landräte wurden berufen… In den außerpreußischen Ländern waren nach den Angaben von Schütze von den 346 politischen Stellen der inneren Verwaltung 217 (= 63%) mit NSDAP Mitgliedern besetzt."*[53]

(2) Die Strafrechtpflege: Politische Durchgriffe durch die Polizei und Gestapo wurden leicht benutzbares Mittel[*54], z.B. durch Nichteingreifen bei klaren Straftaten, so am 9.11.1938, der sog. Reichskristall-, aber vielmehr -pogromnacht. Das bedeutete persönliche und vermögensmäßige Vogelfreiheit[*55]; oder durch Verhaftungen durch die Gestapo nach Freispruch[*56], oder sogar durch Verfolgung und Liquidation über die Landesgrenzen hinaus (Fall Fechenbach, Schweiz), oder durch „polizeiliche Exekution und Vorbeugehaft"[*57], oderumgekehrt durch Absehen von Strafe für Parteimitglieder[*58].

(3) Die Zivilrechtspflege: Ein extremes Beispiel ist hier die zivilrechtliche Schuldenniederschlagung.[*59]

(4) Die rassische Verfolgung: Dieser brutale Perversionsbereich ist eher bekannt und aufgearbeitet.[*60]

Alle diese mehr förmlichen Elemente hatten zuvor im Rechtsstaat wesentliche Inhalte gesichert: nämlich die gleichen rechtlichen Freiheiten der Bürger. Sie wurden gesichert durch die Kanalisierung und Bändigung der Staatsgewalt in bestimmte Formen mit bestimmten Voraussetzungen und bestimmten Kontrollmöglichkeiten. Es war die seit 1776 und 1789 ausgefeilte Sicherung der gleichen Freiheit durch ihre Zwillingsschwester, die Form. Die vielberühmte Formulierung Jherings dazu von 1858 verdient immer wieder ein Zitat:

Herausgeber der führend gewesenen, eher liberalen DJZ, die Ende 1933 aus dem jüdischen Verlag Otto Liebmann in die C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung übergeführt worden war als „Organ der Reichsfachgruppe Hochschullehrer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen". Die ersten Morde waren am 30.6., die Hitlerrede am 13.7., Schmitts Artikel erschien am 1.8.

51 Näher besonders L. Gruchmann (Fn. 31), S. 124–319, kurz D. Majer (1987) (Fn. 19), S. 201 *ff.*; M. Ruck. Die deutsche Verwaltung im totalitären Führerstaat 1933–1945. – Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte (10) 1998, S. 1-48, hier S. 15, 27; im grundsätzlichen Zusammenhang J. Rückert (Fn. 46), S. 234 *ff.*

52 Dazu etwa D. Majer (1987) (Fn. 19), S. 214 *ff.*; M. Ruck (Fn. 51), S. 23.

53 D. Majer (1987) (Fn. 19), S. 221.

54 Dazu ausführlich L. Gruchmann (Fn. 31), S. 535-631; ergänzend S. Schädler (Fn. 32), S. 274 *ff.* für die sog. Asozialen.

55 Dazu jetzt umfassend und übersichtlich R. Gross. November 1938. Die Katastrophe vor der Katastrophe. München: Beck 2013.

56 Dazu L. Gruchmann (Fn. 31), S. 599 *ff.*, 637 *ff.*

57 *Ibid.*, S. 675–693, 740 *ff.*

58 *Ibid.*, S. 320–432.

59 Gesetz über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche vom 13. Dezember 1934, siehe J. Rückert (Fn. 46), S. 214 *ff.*

60 Siehe nur die umfassende Sammlung von J. Walk (Hrsg.). Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat. Eine Sammlung der gesetzlichen Maßnahmen und Richtlinien – Inhalt und Bedeutung. Heidelberg: Müller 1981. 2. Aufl. 1996 (Neudruck 2013, S. 452).

> *„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt nach innen, schützt sie nach außen …"*[*61]

Der Bereich der mehr technischen und strukturellen Verkehrungen des Verwaltungshandelns als Instrument scheint mir damit hinreichend umschrieben. Diese mehr technischen und strukturellen Verkehrungen bedeuteten primär eine Perversion des Verwaltens als Instrument des Zusammenlebens im Staate. Verwalten wurde so schon generell und strukturell instrumentalisiert auf die neue Teleologik. Die neue Ideologie verkehrte zugleich die liberal-egalitären Traditionen ins Gegenteil. Und damit stützte sie die inhaltliche Verwaltung der Rechtsperversion. Beides lässt sich freilich nur annähernd abgrenzen, da Form und Inhalt stets zusammen auftreten.

IV. Durchführung 2: Verwaltung der Perversionen – mehr inhaltlich

Verwaltung der Perversionen zeigt sich am deutlichsten, wenn bis dahin geltende Rechtsgrundsätze ganz offensichtlich inhaltlich verletzt und verkehrt werden. Aus der breiten Masse solcher Perversionen, die dann zuverlässig verwaltet wurden, können hier nur einige wenige Beispiele vorgeführt werden. Sie stammen im Wesentlichen aus dem leichter zugänglichen Bereich der Verordnungen und Gesetze und nicht dem des bloßen Verwaltens. Das mag überraschen. Aber durch diese Verordnungen und Gesetze, die vielfach auf Einzelfälle oder -lagen bezogen waren, wurde in Wahrheit durch Gesetze und Verordnungen und sogar durch Urteile unmittelbar verwaltet und nicht nur generell abstrakt geregelt. Darin lag schon eine grundsätzliche Verkehrung der Verwaltungsformen. Sie ging hier Hand in Hand mit der inhaltlichen Verkehrung. Das zeigen etwa folgende Beispielsgruppen und Beispiele:

1. Verwaltung durch Verordnungen und Gesetze im Widerspruch zu elementaren und geltenden Rechtsgrundsätzen

Mit vier Beispielen lässt sich dieser Bereich umschreiben. Sie erfassen den Bereich des Strafrechts, der Gerichtsverfassung und Rechtswege, des Gewerberechts und Steuer- und Eigentumsrechts.

(1) Die sog. „Lex van der Lubbe" von Ende März 1933, das Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe vom 29. März 1933 (RGBl. I S. 151), befahl die offene Rückwirkung einer neuen Todesstrafendrohung für Brandstiftung mit Blick auf den Reichsgerichtsprozess zum Reichstagsbrand vom Februar 1933:

> *„Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird: § 1. § 5 der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat, zum 28. Februar 1933 (RGBl. I 83) [d.h. „Mit dem Tode zu bestrafen"] gilt auch für Taten, die in der Zeit zwischen dem 31. Januar und dem 28. Februar 1933 begangen sind. …"*

Das strafrechtlich zentrale Rückwirkungsverbot wurde massiv verkehrt. Und dies erfolgte zudem nicht durch ein Parlamentsgesetz, wie es seit dem sog. Ermächtigungsgesetz, d.h. dem beschönigend sog. „Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich" vom 24.3.1933 möglich war. Es blieb auch nicht bei diesem einen Gesetz in Sachen Rückwirkung.[*62]

Die beschönigenden Titel, ja die die Inhalte verdrehenden Gesetzes- und Verordnungstitel, wären übrigens ein eigenes Perversionskapitel.[*63]

---

61 R. v. Jhering. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. II 2. Leipzig: Breitkopf und Härtel 1858, § 45: III. Der Formalismus. 1. Das Wesen desselben im Allgemeinen, S. 497 (auch 4. Aufl. 1883, S. 471).

62 Siehe L. Gruchmann (Fn. 31), S. 886 *ff.*

63 Vgl. schon zur Ausschaltung politischer Gegner die *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* vom 28.2.1933, also die sog. Reichstagsbrandverordnung mit ihren massiven Ermächtigungen und Grundrechtsaufhebungen, die als Schutz ausgegeben wurden; ähnlich schon am 4.2.1933 die *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz des deutschen*

(2) Das sog. Röhmmorde-Gesetz vom 3.7.1934, d.h. das „Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr" vom 3.7.1934, rechtfertigte die Morde nachträglich als angebliche Staatsnotwehr:

> *„Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird: Einziger Artikel: die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli 1934 vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechtens."*

Aber eine „Staatsnotwehr" war bis dahin juristisch nicht bekannt und ein konkreter Angriff lag gar nicht vor. Bekanntlich hatte dies der ‚Kronjurist' Carl Schmitt sogleich 1934 übersteigert mit der makabren Formel „Der Führer schützt das Recht", und zwar er allein[*64] – „Schutz" war das unschuldig pervertierte Zauberwort, das nichts mehr mit der Schutzmantelmadonna, dem väterlichen Schutz, dem Asylschutz und ähnlichem zu tun hatte. Das war eine Perversion des Notwehrgrundsatzes. Polizei, Staatsanwälten und Gerichten wurde so die Rechtsverwaltung nach Bedarf abgeschnitten.

(3) Das sog. Gestapo-Gesetz, d.h. das preußische „Gesetz über die Geheime Staatspolizei" vom 10. Februar 1936, schnitt, schon weit vor dem Eingriff in die Verwaltungsgerichtsbarkeit von 1942, ganz einfach den an sich gegebenen Verwaltungsrechtsweg ab:

> *„§ 7. Verfügungen und Angelegenheiten der geheimen Staatspolizei unterliegen nicht der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte."*

Lapidar waren damit die hehre Rechtswegegarantie beseitigt und die schützende Gerichtsverfassung verändert, wiederum in einem zentralen, empfindlichen Punkt.

(4) Besonders makaber befahl die „Verordnung zur Wiederherstellung des Straßenbildes" vom 12.11.1938 genau nach der sog. „Kristallnacht" vom 9.11. den Opfern, etwas wiederherzustellen, was nicht sie, sondern nationalsozialistische Täter zerstört hatten, und entzog ihnen darüber hinaus die selbst erworbene Versicherungsleistung:

> *„Aufgrund der Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplans vom 18. Oktober 1936 (RGBl. I 887) verordne ich folgendes:*
> *§ 1. Alle Schäden, welche durch die Empörung des Volkes über die Hetze des internationalen Judentums gegen das nationalsozialistische Deutschland am 8., 9. und 10. November 1938 an jüdischen Gewerbebetrieben und Wohnungen entstanden sind, sind von dem jüdischen Inhaber oder jüdischen Gewerbetreibenden sofort zu beseitigen.*
> *§ 2. I. Die Kosten der Wiederherstellung trägt der Inhaber der betroffenen jüdischen Gewerbebetriebe und Wohnung. II. Versicherungsansprüche von Juden deutscher Staatsangehörigkeit werden zu Gunsten des Reichs beschlagnahmt.*
> *§ 3. Der Reichswirtschaftsminister wird ermächtigt, im Benehmen mit den übrigen Reichsministern Durchführungsbestimmungen zu erlassen."*

Die Opfer selbst mussten also die unermesslichen Schäden an Synagogen, Häusern und Menschen als angeblich legale Rache und Notwehr des deutschen Volkes gegen die Juden dulden und ersetzen. Anlass war bekanntlich das Attentat eines verzweifelten jüdischen Einzeltäters auf einen deutschen Botschaftsrat in der Pariser Botschaft. Zerstört wurden dabei rund 1.400 Synagogen, 200 Wohnhäuser,

---

Volkes; dann die Gleichschaltungs-*Verordnung zur Sicherung der Staatsführung* vom 7.7.1933 nicht zur Sicherung, sondern zur Ausschaltung der gewählten SPD-Mitglieder aus Reichstag, Landesparlamenten, Gemeinden und Ehrenämtern; dann die Rechtfertigung der Röhmmorde im *Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr* vom 3.7.1934, für einen brutalen Angriff, nicht eine Notwehr; dann die Rassenverfolgungs-, nicht Schutzgesetze: das *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* vom 15.9.1935, das *Gesetz zum Schutz der Gesundheit des deutschen Volkes* vom 18.10.1935 und die *Verordnung über eine Sühneleistung der Juden deutscher Staatsangehörigkeit* vom 12.11.1938, die eine Sühne der Opfer, nicht der Täter verordnete, usw.

64 C. Schmitt (Fn. 50): „Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Mißbrauch. … Der wahre Führer ist immer auch Richter" und: „Sie [d.h. die liberale Jurisprudenz] kann die richterliche Tat des Führers nur in eine nachträglich zu legalisierende und indemnitätsbedürftige Maßnahme des Belagerungszustandes umdeuten. Ein fundamentaler Satz unseres gegenwärtigen Verfassungsrechts, der Grundsatz des Vorranges der politischen Führung, wird dadurch in eine juristisch belanglose Floskel und der Dank, den der Reichstag im Namen des Deutschen Volkes dem Führer ausgesprochen hat, in eine Indemnität oder gar einen Freispruch verdreht. In Wahrheit war die Tat des Führers echte Gerichtsbarkeit. Sie untersteht nicht der Justiz, sondern war selbst höchste Justiz. Es war nicht die Aktion eines republikanischen Diktators, der in einem rechtsleeren Raum, während das Gesetz für einen Augenblick die Augen schließt, vollzogene Tatsachen schafft, damit dann, auf dem so geschaffenen Boden der neuen Tatsachen, die Fiktionen der lückenlosen Legalität wieder greifen können."

7.500 jüdische Geschäfte, zugleich mit ca. 1.300 bis 1.500 Todesopfern, zahllosen Vergewaltigungen und rund 31.000 Verhaftungen von Männern[*65] – eine Gewalthölle. Das stellte die Grundsätze auf den Kopf, dass einen Schaden der ihn schuldhaft Verursachende zu tragen hat und dass eine Versicherung dem Versicherten zugute kommen muss, der sie auch bezahlt hat.

(5) Damit nicht genug, erging am gleichen Tag die zusätzliche „Verordnung über eine Sühneleistung der Juden deutscher Staatsangehörigkeit" vom 12.11.1938 – wegen „feindlicher Haltung", eine weitere perverse Verkehrung der Opfer zu Tätern:

> *„Die feindliche Haltung des Judentums gegenüber dem deutschen Volk und Reich, die auch vor feigen Mordtaten nicht zurückschreckt, erfordert entschiedene Abwehr und harte Sühne. Ich bestimme daher aufgrund der Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplans vom 18. Oktober 1936 das Folgende:*
> *§ 1. Den Juden deutscher Staatsangehörigkeit in ihrer Gesamtheit wird die Zahlung einer Kontribution von 1 Milliarde Reichsmark an das Deutsche Reich auferlegt.*
> *§ 2. Die Durchführungsbestimmungen erläßt der Reichsminister der Finanzen im Benehmen mit den beteiligten Reichsministern."*

Dass Sühne als Kollektivsühne ohne Rücksicht auf die individuelle Tatbeteiligung verordnet wurde, war hier die erste massive Perversion überkommener Rechtsgrundsätze. Dass sie den Opfern auferlegt wurde und nicht den Tätern, war die zweite massive.

Diese Verordnung zeigt auch das erwähnte, nun häufige Phänomen eines besonderen Vorspruchs. Über solche Vorsprüche oder Präambeln wurden zusätzlich die Auslegungsmöglichkeiten auch der Verwaltung über den Wortlaut hinaus erweitert und gesteuert. Auf diese Weise, in struktureller und inhaltlicher Perversion, wurden die Gesetze und Verordnungen, ja die ganze „Legalität", wie es der Kronjurist Carl Schmitt dann in seinem Katzenjammer von 1944 selbst formulierte, zur „vergifteten Waffe", zu einem „leeren, legalitären Technizismus" auch der Verwaltung.[*66]

2. Verwalten durch gestaltende Urteile im nationalsozialistischen Sinn

Durch Urteile wurde nach herkömmlichem Recht nicht unmittelbar verwaltet, sondern je nach Erfolg der Rechtskontrolle korrigiert. Nun treten aber Urteile auf mit freier Rechtsgestaltung im Einzelfall und ohne Rechtsgrundlage – das war also Verwaltung durch die Gerichte selbst, man könnte auch sagen *social engineering*, nur eben nationalsozialistisches.

Z.B. hat, mit einem bekannten Exempel[*67], das Amtsgericht Schöneberg 1938 auf die Klage einer gemeinnützigen Wohnungsbaugesellschaft den Mietvertrag mit einer jüdischen Mieterin aufgehoben. Das war für diese sehr gefährlich. Die Klage war auf § 2 des damaligen Mieterschutzgesetzes gestützt. Eine Aufhebung kam danach infrage, wenn „der Mieter sich einer erheblichen Belästigung des Vermieters schuldig macht und das Verhalten des Mieters derart ist, daß dem Vermieter die Fortsetzung des Verhältnisses nicht zugemutet werden kann." Eine solche „Belästigung" und „Verhalten" war aber gar nicht der Fall und gar nicht vorgetragen worden, vielmehr nur die Eigenschaft als Jüdin. Das Gericht interpretierte § 2 aber „teleologisch" aus dem Gedanken einer nationalsozialistischen „Hausgemeinschaft". Danach erschien die Jüdin als „Fremdkörper in der Gemeinschaft der Hausbewohner", und zwar schon allein durch diese „persönliche Eigenschaft". Auf das „Verschulden" im Rahmen des § 2 sollte es nicht mehr ankommen, es liege aber ohnehin, so das Gericht, in der fehlenden „inneren Einstellung zu einer Gemeinschaft mit Deutschen" – usw. Das war jedenfalls glatte Rechtsschöpfung direkt am Wortlaut der Norm vorbei – und damit unmittelbare, freie Einzelfallgestaltung. Das Gericht versteckt sich freilich ausdrücklich hinter dem Stichwort „Auslegung" und hält sich zu dieser Auslegung sogar für „verpflichtet".

Dieses eine Beispiel kann genügen, um die Perversion von der Rechtskontrolle zur unmittelbaren Veränderung durch richterliche Einzelfallgestaltung zu belegen, und zudem die inhaltliche Perversion vom

65 Diese neuesten Zahlen nach R. Gross (Fn. 55), S. 45.

66 C. Schmitt. Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft. Tübingen: Internat. Univ.-Verl. 1950, Vortrag vom Mai 1944, im Schluss S. 32.

67 Siehe nur K. Kroeschell. Deutsche Rechtsgeschichte III (1989)) – DOI: http://dx.doi.org/10.1007/978-3-663-09651-1. 5. Aufl. Köln: Böhlau 2008, Quelle Nr. 85, S. 273.

Mieterschutz zur Mieterverfolgung. Etliche weitere Beispiele aus dem Mietrecht und Arbeitsrecht finden sich in der klassischen Arbeit von Rüthers über „Die unbegrenzte Auslegung".[*68] Die Ermächtigungen für Verwaltungen und Richter, nach „gesundem Volksempfinden" zu handeln, wirkten in dieselbe Richtung.[*69]

3. Verwalten durch Formierung der Lebenskontexte der Verwaltungspersonen

Große inhaltliche Bedeutung hat auch ein in diesem Zusammenhang kaum beachteter Aspekt: die neue inhaltliche Steuerung des Verwaltungshandelns. Herkömmlich hatte die Verwaltung nach entsprechenden Rechtsgrundsätzen zu verwalten. Auch die persönlichen Voraussetzungen und Laufbahnen waren traditionell rechtlich gefasst. Die neuen Leitlinien Rasse, Führer und Volksgemeinschaft blieben aber trotz oder wegen der vielen Worte dazu nur recht allgemeine politisch-weltanschauliche Vorgaben. Sie ließen sich wegen ihrer Allgemeinheit gar nicht leicht verwalten oder auch juridifizieren. Das lag an der immer wiederkehrenden Paradoxie totalitärer Diktaturen im Verhältnis zum Recht. Denn die Diktaturen brauchen zwar Rechtssätze zur allgemeinen Durchsetzung ihrer Ziele, wollen sich aber zugleich durch sie nicht wirklich binden lassen. Die politische Steuerung hat Vorrang. Es gibt, wie erwähnt, einen generellen Politikvorbehalt. Dessen Umsetzung bedeutet auch eine strukturelle Verkehrung, denn die Personen werden wichtiger als die Sachfragen.

Sie werden nicht nur wichtig, sondern zugleich gibt diese Formierung der Personen dem, was als Perversion inhaltlich zu verwalten ist, vielfach erst die notwendige konkrete Richtung. In der Verlegenheit, dass allgemeine Regeln im modernen Großstaat funktional unverzichtbar sind, aber politisch nicht genau genug, griff auch die NS-Diktatur zu intensiver Formierung der Lebenskontexte der Verwaltungspersonen, um auf diese Weise die Ergebnisse verlässlich zu steuern – Personalpolitik statt Rechtssätze. Das geschah in vielfacher, gar nicht umfassend zu erfassender Weise, etwa:

(1) durch parteiliche Personalpolitik, wie erwähnt, in Ernennung, Beförderung, Versetzung und Entlassung, usw.[*70];
(2) durch parteiliche Einflußnahme durch die Doppelung von Staatsverwaltungs- und Parteiinstanzen[*71];
(3) durch parteiliche Einflussnahme in Form von Personalunionen von Staatsämtern und Parteiämtern[*72];
(4) durch persönliche parteiliche Bindung durch Verpflichtung auf den Führer direkt:

> *„I. Der deutsche Beamte steht zum Führer und zum Reich in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (Beamtenverhältnis).*
> *II. Er ist der Vollstrecker des Willens des von der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei getragen Staates.*
> *III. Der Staat fordert von dem Beamten unbedingten Gehorsam und äußerste Pflichterfüllung; er sichert ihm dafür seine Lebensstellung.*"

– so § 1 des „Deutsches Beamtengesetz" vom Januar 1937. Und § 3 I Satz 4 bekräftigt:

> *„I. … Dem Führer, der ihm seinen besonderen Schutz zusichert, hat er Treue bis zum Tode zu halten.*
> *II. Der Beamte hat jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat einzutreten und sich in seinem gesamten Verhalten von der Tatsache leiten zu lassen, daß die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei in unlöslicher Verbundenheit mit dem Volk die Trägerin des deutschen Staatsgedankens ist …*"
>
> *§ 4 I. fordert dann den Treueid auf den „Führer des Deutschen Reiches und Volkes, Adolf Hitler*".[*73]

---

68 B. Rüthers. Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (1968). 6. um ein Nachwort erweiterte Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 237 *ff.*

69 Zusammengestellt bei J. Rückert (Fn. 46), S. 214–219.

70 Siehe oben bei Fn. 52.

71 Siehe besonders D. Majer (1987) (Fn. 19), S. 207 *ff.*

72 Siehe M. Ruck (Fn. 51), S. 33; D. Majer (1987) (Fn. 19), S. 214 *ff.*

73 Näher etwa M. Ruck (Fn. 51), S. 23.

Das wird auch sanktioniert. Der Beamte, „der nicht mehr die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für den nationalsozialistischen Staat eintreten wird", verliert seine Beamtenposition (§ 71).

(5) durch persönliche parteiliche Organisationsbindung der Personen in mehr oder weniger verpflichtenden Mitgliedschaften, z.B. Studentenschaft, Dozentenbund, Rechtswahrerbund, usw.[*74];

(6) durch parteiliche Lenkung[*75] der Personen über Runderlasse, Sonderbesprechungen, Berichtspflichten, Tagungen, Weisungen, Rundbriefe (Richterbriefe, Anwaltsbriefe), Gerichtskritik durch die SS[*76], Urteilskontrolle, Gerichtsreisen/Visitationen usw.

(7) Im Bereich der Justiz nannte man das zusammenfassend „Lenkung der Rechtsprechung"[*77]. Direkte Urteilskorrekturen wurden noch vermieden. Etwas konkreter hieß Lenkung z.B. vermehrte Weisungen an die Staatsanwaltschaften (deren Kompetenzen auch erweitert waren), seit 1942 generell die sog. Urteilsvorschau und -nachschau, d.h. gezielte Besprechungen der Staatsanwaltschaften mit den Richtern, auch zur sog. steuernden Fühlungnahme vor den Verhandlungen. Weiter kam es zu häufigen besonderen Konferenzen des Ministeriums mit den leitenden Richtern zur energischen Steuerung (auch per Rundverfügungen) und zur Anordnung häufiger Dienstbesprechungen in den Gerichten durch die Präsidenten. Daneben schrieb das Ministerium seit Oktober 1942 die sog. Richterbriefe („Der Reichsjustizminister nimmt Stellung …") mit Kritik, Empfehlungen und Drohungen in einem eigenen Mitteilungsblatt. Das alles betraf vor allem das Strafrecht.

(8) Eine umfassende Ausbildungsreform kam hinzu und wurde unter Minister Thierack nach 1942 grundsätzlich verschärft in Richtung „lebensnaher" Arbeitsgemeinschaften mit kleinen „volksnahen Beispielen" durch Praktiker und möglichst auch selbst praktizierende Dozenten.[*78]

Dies alles wurde flankiert durch einen ständigen, zunehmenden und erheblichen Konformitätsdruck. Ausgeübt wurde er durch häufige Zusammenkünfte und Veranstaltungen, also durch Schulungen, Gemeinschaftslager für Referendare und Dozenten[*79], Festakte wie Führergeburtstage, Blockversammlungen im Wohnbereich, Standesversammlungen (Juristentage) usw. Überall wurde nichtkonformes Verhalten zum ausgesprochenen Risiko. Zwei Briefbemerkungen des Rechtshistorikers Hans Thieme aus Breslau machen das anschaulich. Den schlichten Alltag dieses jungen Hochschullehrers beleuchten zwei kleine Umstände, die Thieme in Briefen an seine Mutter berichtete.[*80] An Ostern 1936 schrieb er:

> *„Es scheint, daß die Studenten in Vielem kritischer sind, als die Professoren, und diese deshalb nicht sehr angesehen. Ich bin doch froh, daß ich es mit Rechtsgeschichte und Privatrecht, nicht mit Staatsrecht zu tun habe, wo man dauernd einen Eiertanz aufführen müßte, um niemand auf den Schlips zu treten*."

Nun war auch die Rechtsgeschichte nicht ohne Politik lehrbar und erforschbar, aber gewiss ließ sich in diesem Fach besser ausweichen. Bemerkenswert ist auch eine weitere Briefstelle vom 17. April 1937. Thieme schrieb:

> *„Nächsten Dienstag muß ich zu Beginn der Vorlesung kurz des Geburtstags vom Führer gedenken. Ich will es ganz schlicht und phrasenlos machen und vorher genau aufschreiben*" –

„gedenken" und „genau aufschreiben". Der 20. April war also vom ‚normalen' Geburtstag eines Reichskanzlers zum politischen Problem und Diktaturproblem im Vorlesungsalltag geworden.

Die Forschung spricht hier sogar von einer „personalistischen Verfassungs- und Verwaltungsdoktrin Hitlers und seiner engsten Gefolgsleute", die sich „jedem Versuch einer normativen Systematisierung" entzogen habe.[*81] Das ist wohl etwas übertrieben, aber die Bedeutung der inhaltlichen Steuerung der Verwaltung durch personale Einflüsse hatte gewiss stark zugenommen.

---

74 Siehe kurz *Ibid.*, S. 15 mit vielen Nachweisen, der von Zwangsorganisierung spricht.

75 Knapp zusammenfassend K. E. Claussen. Justizverwaltung 1933 bis 1945. – Deutsche Verwaltungsgeschichte. Bd. IV. Stuttgart: DVA 1985, S. 1052 *ff.*

76 Siehe L. Gruchmann (Fn. 31), S. 658–674.

77 Siehe *Ibid.*, S. 1091 *ff.*; intensiviert nach 1942, S. Schädler (Fn. 32), S. 176 *ff.*, 200 *ff.*

78 Siehe jetzt S. Schädler (Fn. 32), S. 199–208, 205.

79 Knapp zusammenfassend K. E. Claussen (Fn. 75), S. 1050 *ff.*; umfassend jetzt F. Schmerbach. Das „Gemeinschaftslager Hanns Kerl" für Referendare in Jüterbog 1933–1939. Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts (56). Tübingen: Mohr Siebeck 2008.

80 J. Rückert (Fn. 45), S. 114 *ff.*

81 M. Ruck (Fn. 51), S. 18, 30, mit D. Rebentisch, K. Teppe (Hrsg.), Verwaltung contra Menschenführung im Staat Hitlers: Studien zum politisch-administrativen System. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht 1986 und D. Rebentisch, Führerstaat

V. Fazit

Ich habe versucht, Ihnen die Lage und das Gesicht einer Verwaltung unter der totalitären NS-Herrschaft etwas darzustellen. Fünf Punkte möchte ich am Ende hervorheben:

1. Man muss in der Tat von einer doppelten, einer strukturellen und einer inhaltlichen Perversion reden. Der Ausdruck erscheint nicht zu stark und trifft im Vergleich zu dem rechtstaatlichen System zuvor sehr konkrete, gut fassbare Veränderungen.
2. Die strukturelle Perversion betraf vor allem traditionell ausgeprägte Rechtsförmlichkeiten. Es ist kaum ein Trost, dass eben die Rechtsform als allgemeine Form in einem totalitären System nur unter gewissen Paradoxien funktioniert, die wiederum gerade ihre Verkehrung sichtbar machen.
3. Die inhaltliche Perversion hing ab von der nationalsozialistischen Weltanschauung, also von den Dogmen Rasse, Führer und Volksgemeinschaft. Alle drei Hauptzwecke wurden energisch umgesetzt, mit vielen Konsequenzen gerade auch für die Verwaltung. Die Verwaltung wurde zum Zielvollstrecker der Ideologie. Das steigerte ihre Funktion von einer legal-zwingenden oder autoritär-diktatorischen zu einer totalitären.[*82]
4. Inzwischen kennen wir durch die reiche Anschauung des 20. Jahrhunderts die meisten Extremformen dieser Art von Herrschaft ziemlich gut. Weniger beachtet in der Rechtsgeschichte wurde der tägliche, allgemeine Konformitätsdruck in diesen hochorganisierten und -formierten, „durchherrschten"[*83] Gesellschaften. Ohne den Schutz einer freien Gesellschaft bleibt auch die Erhaltung einer Art rechtlicher Sachlichkeit in der Verwaltung leider doch relativ bedeutungslos. Die NS-Verwaltung funktionierte bemerkenswert gut – aber eben vor allem in nationalsozialistischer Richtung.
5. Die Sicherungen gegen solche totalitäre Herrschaften liegen also natürlich nicht nur im Recht, seinen Institutionen, Formen und Mitteln, sondern vor allem im Erhalt einer Gesellschaft von grundsätzlich gleich freien Menschen, die dieses Recht trägt.

Die Lage der Verwaltung von 1933–1945 wurde also prekär politisch, weit über das normale politische Maß hinaus, und ihr Gesicht wurde zur ideologisch verzerrten Fratze.

und Verwaltung im Zweiten Weltkrieg: Verfassungsentwicklung und Verwaltungspolitik 1939–1945. Wiesbaden: Steiner-Verlag 1989.

82 Siehe die wichtigen Unterscheidungen nach H. Arendt. The Origins of Totalitarianism. New-York: Harcourt 1951 (deutsche Übersetzung s. oben bei Fn. 7).

83 Mit Jürgen Kocka in seiner zeitgeschichtlichen Analyse der DDR: J. Kocka. Eine durchherrschte Gesellschaft. – H. Kaelble, J. Kocka, H. Zwahr (Hrsg.). Sozialgeschichte der DDR. Stuttgart: Klett-Cotta 1994, S. 547–553.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.04

Ivo Pilving[*1]

Vorsitzende der Verwaltungskammer, Staatsgericht
Dozent, Universität Tartu

Die Schaffung und Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Estland

Einleitung

„Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der Prüfstein des Rechtsstaats" betonte M. Stolleis im Oktober 2013 in Weimar, wo man den 150. Jahrestag der Errichtung des Bayerischen Verwaltungsgerichts gefeiert hat.[*2] Ungefähr zur gleichen Zeit fanden in Estland Veranstaltungen zum 20. Jahrestag des heutigen Justizwesens, u.a. der Schaffung von Verwaltungsgerichten, statt. Eigentlich besitzt das Verwaltungsgerichtsverfahren in Estland eine wesentlich längere Tradition, die fast 100 Jahre alt ist. In diesem Artikel versuche ich zu erläutern, aufgrund welcher, in der näheren und weiteren Vergangenheit gemachten Entscheidungen sich das heutige Modell der gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungssystems entwickelt hat. Im Hauptteil des Artikels werden Wendepunkte der Entwicklungsgeschichte des estnischen Verwaltungsgerichtsverfahrens und Hauptmerkmale der Regulation des Verwaltungsprozesses in verschiedenen Epochen aus historischer Sicht unter die Lupe genommen (1). Dem folgt als Vergleichsmaterial eine kurze Charakterisierung des heutigen Systems, d.h. der Verwaltungsprozessordnung (Halduskohtumenetluse seadustik, VwGO) (2).[*3]

1. Entwicklungsstufen

1.1. Die erste Unabhängigkeitsperiode der Republik Estland

Das aktuelle Modell der gerichtlichen Verwaltungskontrolle wurde in Estland nicht über Nacht erreicht. Es ist das Ergebnis einer langen, inzwischen abgebrochenen Evolution. Wurzeln des estnischen Verwaltungsprozesses reichen in die letzten Atemzüge des[*4] Russischen Kaiserreiches. Die Schaffung des

---

1 Der Artikel beruht auf dem Vortrag, der auf der Konverenz Academica „Modernse riigihalduse lätetel" (Anfänge der modernen Staatsverwaltung) (24.–25. Oktober 2013) in Tartu gehalten wurde. Ich bedanke mich bei Toomas Anepaio und bei Tõnu Anton für die nützlichen Gespräche, sowie bei Yoko Tees für die Übersetzung des Manuskripts.

2 M. Stolleis. Hundertundfünfzig Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit. – Deutsches Verwaltungsblatt 2013, S. 1274.

3 Siehe dazu W. Heermann. Auf Besuch in Tallinn und Helsinki. – BDVR-Rundschreiben, 2010/1, S. 10; I. Pilving. Als estnischer Verwaltungsrichter beim VG Freiburg. – *Ibid.*, S. 11.

4 Das Territorium des heutigen Estlands gehörte bis zum Jahr 1917 zum Russischen Imperium, indem es Estland und einen Teil der Provinz Livland umfasste. Obwohl der zeitweilige Landrat der Provinz Estland schon am 28. Oktober 1917 eine Entscheidung über die hoheitliche Macht getroffen hat, gilt als Anfangsmoment der Republik Estland das in der Präambel des Grundgesetzes festgehaltene Datum der Ausrufung der Republik Estland – 24.2.1918. Siehe auch StGH 16.12.2013, 3-3-1-56-13, Rdn. 15.

Verwaltungsgerichtsverfahrens war Anfang des 20. Jahrhunderts eines der Hauptziele der konstitutionellen Bewegung Russlands.[*5] In diesen Versuchen widerspiegelten sich größtenteils die sich in Deutschland verbreiteten Ideen über den Rechtsstaat und ihre Anwendungen: angefangen mit der Kantischen Philosophie bis zum Modell der deutschen Verwaltungsgerichte aus dem Jahr 1863, in dem das Justizwesen der Verwaltungsgerichte sowohl von der Exekutivgewalt als auch von allgemeinen Gerichten getrennt war.[*6] Im Russischen Kaiserreich konnte man die Verwaltungssachen aber nur im sog. System der Administrativ-Justiz lösen.[*7] In der ersten Instanz funktionierten als Administrativ-Justizorgane verschiedene Kommissionen für Staats-, Städte-, sog. Semstwo- als allgemeinen Landschafts- und Bauernangelegenheiten, Kommissionen für Fabriken- und Bergarbeitsangelegenheiten, Schulräte usw. – in der Regel in der Anwesenheit von Gouverneuren. In der zweiten Instanz funktionierten die sog. Administrativ-Abteilungen des Senats[*8].[*9] Nach der Februarrevolution hat die provisorische Regierung von A. Kerenski am 31.5.1917 ein Dekret über die Prüfung der Verwaltungsangelegenheiten in Gerichten erlassen (Положеніе судахъ по административнымъ дѣламъ).[*10] Die Inkorporation der Administrativgerichte in den allgemeinen Gerichten wurde initiiert, aber in Folge der bolschewistischen Oktoberrevolution wurde in Russland das ganze bisherige Jutizwesen liquidiert.[*11]

In von Russland getrennten Estland hat die hiesige provisorische Regierung am 12.2.1919, d.h. noch vor der Fertigstellung und vor dem Inkrafttreten der Verfassung, eine Administrativgerichtordnung (AdmGO) eingeführt.[*12] Bis zum II. Weltkrieg wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Estland durch die „gewöhnlichen" Gerichte bzw. das allgemeine Gerichtssystem ausgeübt. Als erste Instanz fungierten von der Art der Sache abhängig Amtsrichter (früher Friedensrichter) und Bezirksgerichte (früher Friedensrichterplenen). Daher konnte man über Verwaltungsgerichte nur im funktionalen und nicht im organisatorischen Sinne sprechen. Die zweite und die höchste, in manchen Sachen (z.B. Klagen gegen Akten der Minister) die einzige zuständige Gerichtsinstanz war der Staatsgerichtshof (Riigikohus, StGH), in dem eine sog. Administrativabteilung oder Verwaltungsrechtskammer tätig war.[*13] Im Jahr 1938 hatte die Administrativabteilung z.B. 688 Sachen zu lösen.[*14]

AdmGO war inhaltlich eine Übersetzung aus dem Dekret der provisorischen Regierung von Kerenski aus dem Jahr 1917. In den in AdmGO nicht geregelten Angelegenheiten mussten ebenfalls die aus der russischen Zeit geltenden Normen der Zivilprozessordnung angewendet werden.[*15] A.-T. Kliimann kritisierte die Tatsache, dass AdmGO später nicht mit der Verfassung in Übereinstimmung gebracht wurde, besonders was die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts betraf. Die Zuständigkeit war von einer Seite durch kontrollierte Behörden, angefochtene Handlungen und Arbeitsbezirken der Behörden reguliert.[*16] War der

5 H. Oda. Judicial Review of Administration in the U.S.S.R. – Public Law 1989, S. 111; A. Palvadre. Tsiviilkohtu ja administratiivkohtu vahekorra korraldamine Tsiviilkohtupidamise seadustiku eelnõus [Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen der Zivil- und Administrativgerichtsbarkeit im Entwurf der Zivilprozessordnung] (1933). – J. Erne (Hrsg.). Õigusteadlaste päevad 1922-1940. Protokollid [Rechtswissenschaftlertage 1922-1940. Protokolle]. Tallinn: Eesti Juristide Liit 2008, S. 695-696.

6 Vgl. Д. М. Чечот. Административная юстиция: теоретические проблемы [Administrativjustiz: theoretische Probleme]. Изд-во Ленингр. ун-та 1973, S. 8; M. Stolleis (Fn. 1), S. 1276.

7 Eine ähnliche Situation herrschte bekanntlich in Deutschland bis zum Jahr 1863, M. Stolleis (Fn. 1), S. 1275; D. Lorenz. Verwaltungsprozeßrecht. Berlin u.a.: Springer 2000, S. 8.

8 Sog. dirigierender Senat war das höchste Verwaltungs- und Gerichtsorgan des Kaiserreiches (auf Russisch: Правительствующий сенат).

9 H. Piip. Walitsemise-õigus: Riigivalitsemise sisemine korraldus. A. J. Jelistratovi ettelugemised [Verwaltungs-Recht: Die innere Organisation der Staatsverwaltung. Vorlesungen von A. J. Jelistratov]. Tallinn: Tallinna Eesti Kirj.-Üh. 1912, S. 47-51; Г. Е. Петухов. Административная юстиция в царской России [Administrativjustiz in Zarenrussland]. – Правоведение 1974/4, S. 73.

10 Собрание узаконений и распоряжений правительства [Sammlung der Regierungserlasse und Verordnungen] 1917 I, 127, 692.

11 [K.] G[üldenstubbe]. Tsiviil- ning administratiivkohtute kompetentsi piiritamine [Die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Zivil- und Administrativgerichte]. – Õigus 1929, S. 195, 196; H. Oda (Fn. 4).

12 Administratiivkohtukord. – Riigi Teataja (Staatsgesetzblatt – RT) 1919, 10, 23 mit später hinzugefügten Verbesserungen.

13 A.-T. Kliimann. Haldusprotsess [Verwaltungsprozess]. Tartu: Akadeemilise Kooperatiivi Kirjastus 1937, S. 85-92; P. Puusepp. Administratiivkohtu korraldus [Administrativgerichtsordnung] (1922). – J. Erne (Hrsg.) (Fn. 4), S. 52.

14 Kohtud 1938. aastal [Die Gerichte im Jahr 1938]. – Õigus 1939, S. 254, 261.

15 §§ 1 und 44 AdmGO.

16 § 2 AdmGO; A.-T. Kliimann (Fn. 12), S. 65; s. noch: P. Puusepp (Fn. 12), S. 51; K. Güldenstubbe, Administratiiv- ja tsiviilkohtute allumuse piiritlemine [Die Abgrenzung der Administrativ- und Zivilgerichtsbarkeit] (1933). – J. Erne (Hrsg.) (Fn. 4), S. 701; K. Güldenstubbe (Fn. 10), S. 196.

Beamte in der Norm nicht aufgelistet, musste man so lange innerhalb der Verwaltungshierarchie verklagen, bis man eine Entscheidung einer solchen Instanz erreichte, die im Gericht angefochten werden konnte.*[17] Auch die Regierung der Republik war nicht in dieser Liste. Der Rechtsschutz gegen die Akten der Regierung war möglich nur dann, wenn gegen ihre Umsetzung durch niedrigere Behörden eine Klage eingereicht wurde.*[18] Nach AdmGO konnten im heutigen Sinne sowohl Verwaltungsakten, Handlungen, Unterlassung als auch Verordnungen von allgemeiner Natur angefochten werden.*[19] Das Gesetz hat das Gericht bevollmächtigt, Verwaltungsakten aufzuheben, eine Verwaltung zu Handlungen zu verpflichten und eine Handlung zu verbieten sowie eine Gutmachung von Schäden und sogar eine Beseitigung von Beamten anzuordnen. Nach AdmGO konnten Personen sich zum Schutz ihrer persönlichen und finanziellen Interessen an das Gericht wenden. Ein Initiativrecht besaßen auch Aufsichtsbeamte. Dafür war eine spezielle Antragsart vorgesehen – ein Protest.*[20] Als Hauptaufgabe der gerichtlichen Kontrolle wurde allerdings der Schutz subjektiver öffentlicher Rechte angesehen.*[21]

Im Verwaltungsgericht galt der Ermittlungsgrundsatz.*[22] Faktische Tatsachen sollten mit dem Stand des Zeitpunkts der Urteilsfällung ausgewertet werden, bei der Anwendung eines Gesetzes war der Zeitpunkt des Erlassens eines Verwaltungsaktes ausschlaggebend.*[23] Es fehlte eine klare Regelung und ein klares Verständnis über die Kontrolle des Ermessensspielraumes, jedoch gab es Beispiele über die Befriedigung von Klagen aufgrund des Ermessensmissbrauchs.*[24] Eine Gerichtssache konnte nur in einer mündlichen Verhandlung entschieden werden.*[25] Die Klage hatte keinen automatischen Suspensiveffekt, aber das Gericht hatte die Möglichkeit, die Wirksamkeit des angefochtenen Rechtsakts aufzuschieben.*[26]

In dieser Periode war in rechtswissenschaftlichen Diskussionen über das Verwaltungsgericht eines von am meisten erörterten Problemen die Abgrenzung der Kompetenz von Verwaltungs- und Zivilgerichten, insbesondere die Frage des Präjudiz bzw. Vorentscheid: Kann das Gericht beim Lösen einer Verwaltungssache zivilrechtliche Tatsachen feststellen und umgekehrt, ob das Gericht bei der Lösung einer Zivilsache eine Möglichkeit zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Entscheidungen der Exekutive hatte. Die herrschende Meinung verneinte in dieser Zeit erstaunlicherweise so eine präjudizielle Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, obwohl die gleichen Richter die Verwaltungssachen lösten, die auch in Zivilsachen zuständig waren.*[27] Die Verwaltungssachen mit einem eigentumsrechtlichen Bezug waren damals aber häufig, da den Großteil von gelösten Verwaltungssachen Bodenreformstreitigkeiten ausmachten, u.a. die Planung von Grundstücken aufgrund der von deutschbaltischen Gutsherren verstaatlichten Ländereien sowie die Benennung von Bauern auf die Grundstücke.*[28]

17 J. Ramm. Adminisratiivkohtukord [Administrativgerichtsordnung]. Eraväljaanne 1931, § 2 Rdn. 1.

18 A.-T. Kliimann (Fn. 12), S. 140.

19 In der Regel konnte eine Verordnung nur zusammen mit für ihre Umsetzung gemachten Entscheidungen oder Handlungen angefochten werden, mit zusätzlichen Hinweisen auf Rechtssprechung. J. Ramm (Fn. 16), § 2 Rdn. 8-9, 12; A.-T. Kliimann (Fn. 12), S. 134, 137–140.

20 §§ 3, 22 AdmGO. Unter rechtlichen Interessen wurden subjektive Rechte gemeint, A.-T. Kliimann (Fn. 12), S. 297.

21 Vgl. P. Puusepp (Fn. 12), S. 50-51; L. Kanger, M. Leppik. Halduskohtu pädevus. Riigikohtu administratiivosakonna ja halduskolleegiumi praktika aastatel 1919-1940 ja 1992-2009 [Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Die Praxis der Administrativabteilung und der Verwaltungsrechtskammer aus den Jahren 1919-1940 und 1992-2009]. – Juridica 2009/8, S. 508, 509 mit zusätzlichen Literaturangaben.

22 Das wurde sogar in drei Paragrafen betont, §§ 19-21 AdmGO.

23 A.-T. Kliimann (Fn. 12), S. 297.

24 A.-T. Kliimann, „Vaba kaalutlus" ja selle kohtulik kontrollimine [„Freies Ermessen" und seine gerichtliche Prüfung]. – Õigus 1928, S. 84, 89.

25 § 17 AdmGO.

26 § 13 AdmGO.

27 K. Güldenstubbe (Fn. 15), S. 702; A.-T. Kliimann. Tsiviilkohtu halduskohtulik eelmõist [Verwaltungsgerichtlicher Vorentscheid des Zivilgerichts]. – Õigus 1933, S. 289.

28 P. Puusepp. Maasaajate määramine ja administratiivkohus [Die Benennung der Siedler und Administrativgericht]. – Õigus 1922, S. 4.

1.2. Die sowjetische Periode

Nach der Annexion Estlands durch die Sowjetunion im Jahr 1940 wurde die gerichtliche Kontrolle über die Exekutivgewalt in Estland unterbrochen. Alle bisherigen Justizbehörden wurden aufgelöst. Zu dieser Zeit fehlte in der Sowjetunion praktisch ein gerichtlicher Schutz vor der Willkür der Beamten. Die Sowjetmacht an sich wurde als eine ausreichende Garantie für die Rechte des Proletariats gesehen. Wohl wurde Anfang der 1920er Jahre in Russland ein Gesetzentwurf zum Gesetz der Verwaltungsgerichte zusammengestellt und auch wurden thematische theoretische Publikationen publiziert. Mit dem Machtantritt Stalins wurde es aber endgültig klar, dass „es in der Sowjetunion für eine verwaltungsgerichtliche Klage keinen Platz gibt".*[29] Nach dem Tod Stalins wurde die Kontrolle der Staatsanwaltschaft über die Rechtmäßigkeit der Verwaltung verstärkt, die Aufgabe dieses Apparats war jedoch nicht der Schutz von Rechten der Einzelnen. Nach dem damaligen Recht war eine gerichtliche Kontrolle nur bei einzelnen Arten von Verwaltungsstreitigkeiten möglich: vor allem in Verbindung mit administrativen Strafen für die Ordnungswidrigkeiten und Wählerlisten.*[30] In Satellitenstaaten Jugoslawien und Bulgarien konnte man dagegen in derselben Periode eine wesentlich umfassendere gerichtliche Kontrolle einführen. Ähnliche Pläne konnten in Ungarn und in der Tschechoslowakei wegen der Invasion der Sowjetischen Streitkräfte nicht realisiert werden. Doch hat man auch in der Sowjetunion angefangen, theoretische Abhandlungen über die gerichtliche Kontrolle zu publizieren.*[31] Ebenfalls war eine Erhöhung der Aktivität von Bürgern bei der Einreichung von Klagen an höhere Verwaltungsorgane und an den Parteiapparat ersichtlich.*[32]

Im Jahr 1977 wurde in der UdSSR eine neue Verfassung verabschiedet. § 58 Abs. 2 der Verfassung hat bestimmt: „Gegen Handlungen von Beamten, die gegen das Gesetz verstoßen, durch die die Vollmachten der Beamten überschritten oder die Rechte der Bürger eingeengt wurden, kann nach der gesetzlich festgelegten Regelung vor Gericht Einspruch erhoben werden."*[33] Mit dem Absatz 2 des gleichen Paragrafen wurde auch das Recht zur Vergütung der durch die Staatsorgane und Beamten zugefügten Schäden gewährleistet. Wie viele andere in diesem Dokument gelistete Rechte ist auch das Grundrecht auf die Klage lange deklarativ geblieben. Eine vollständige Realisierung dieses Rechts wurde vor der Auflösung der Sowjetunion nicht erreicht.*[34] Zur Sicherung des Rechts, ein Gericht anzurufen hat man eine zeitaufwändige Zusammenstellung eines Gesetzesentwurfs vorgenommen: Über 10 Jahre wurden zum Beispiel theoretische Diskussionen darüber geführt, ob die Zuständigkeit des Verwaltungssachen lösenden Gerichts durch eine Generalklausel oder einer enumerative Aufzählung geregelt werden soll. Die *Perestroika* von Gorbatschow hat beträchtliche Fortschritte mit sich gebracht. Im XXVII. Kongress der Kommunistischen Partei (1986) hat man es für erforderlich gehalten, beschleunigt ein Gesetzespaket zur Demokratisierung der sowjetischen Gesellschaft zu verabschieden, u.a. die Regelung der Anrufung des Gerichts in Verwaltungssachen. Als Ergebnis davon verabschiedete der Oberste Sowjet der UdSSR am 30.6.1987 das Gesetz „Über die Regelung der Klageerhebung gegen die die Rechte von Bürgern einengende rechtswidrige Tätigkeit von Beamten".*[35]

Das Gesetz ist am 1.1.1988 in Kraft getreten.*[36] Die Bürger haben das Recht erhalten, binnen eines Monats vor dem Volksgericht, d.h. vor dem allgemeinen Gericht eine Klage gegen Entscheidungen von Beamten zu erheben, wenn sie der Meinung waren, dass ihre Rechte verletzt wurden. Der Rechtsschutz wurde durch wichtige Einschränkungen begrenzt. Bei der Lösung der Sache konnte das Gericht die Entscheidung eines Beamten nur für rechtswidrig erklären und die Wiederherstellung der verletzten Rechte anordnen. Dem Gesetz über die Klageerhebung wurde nur in trivialen alltäglichen Streitigkeiten eine

[29] H. Oda (Fn. 4), S. 111-121; vgl. J. Starilow. Gerichtliche Verwaltungskontrolle im System des russischen Staats- und Verwaltungsrechts. Speyer: Forschungsinst. für öffentliche Verwaltung 1999, S. 73, Fn. 74.

[30] P. H. Solomon. Judicial Power in Russia: Through the Prism of Administrative Justice. – R. Sharlet, F. Feldbrugge (Hrsg.). Public Policy and Law in Russia: In Search of a Unified Legal and Political Space. Leiden: Martius Nijhoff Publishers 2005, S. 91. In 1986 hat V. Remnev jedoch 30 Kategorien von Rechtssachen aufgezählt, in denen eine Person gegen die Exekutivgewalt eine Klage im Gericht erheben konnte, Право жалобы и административная юстиция в СССР [das Klagerecht und die Administrativjustiz in der UdSSR]. – Советское государство и право 1986/6, S. 22, 30.

[31] Siehe insbesondere z.B. Д. М. Чечот (Fn. 5). Vgl. H. Oda (Fn. 4), S. 114; K. Merusk. Halduskohus ja kohtulik halduskontroll Eestis [Verwaltungsgericht und gerichtliche Prüfung der Verwaltung in Estland]. – Eesti Jurist 1992, S. 138.

[32] В. И. Ремнев (Fn. 29), S. 23.

[33] So auch im § 56 der Verfassung der ESSR vom Jahr 1978.

[34] K. Merusk (Fn. 30), S. 138.

[35] NSVL Ülemnõukogu Teataja [Anzeiger des Obersten Rats der UdSSR] 1987, 26, 388.

[36] H. Oda (Fn. 4), S. 115-117; В. И. Ремнев (Fn. 29), S. 22.

praktische Bedeutung vorausgesagt. So beinhaltete die entsprechende Verordnung des Plenums des Obersten Gerichts der UdSSR vor allem praktische Hinweise zur Lösung der Streitigkeiten bei der Anmeldung vom Wohnort, von Eigenheimen und Fahrzeugen sowie bei der Einweisung in Krankenhäuser.[*37] Da es in der UdSSR praktisch keine frühere Tradition der gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung gab, ist ganz verständlich, dass man die Verwaltungssachen mit Vorsicht betrachtet hat und dass man der Erneuerung keinen schnellen Erfolg vorhergesagt hat. Aufgrund des Drucks vom Parteiapparat galt diese in dem Gesetz beschriebene gerichtliche Kontrolle nicht für Entscheidungen aller kollegialen Organe und betraf auch nicht die Fragen, die einen Bezug auf die staatliche Sicherheit und Landesverteidigung hatten. Im höher gestellten Verwaltungsorgan wurde ein verbindliches Vorverfahren eingeführt. Die Möglichkeit, ein Rechtsbehelf gegen ein Urteil einzureichen wurde ausgeschlossen, die Verwaltungssachen konnten nur durch einen Überwachungsprotest eines Staatsanwalts in ein höher gestelltes Gericht gelangen. Das verbindliche Vorverfahren und die Begrenzung des Rechts auf Rechtsbehelfe wurden aufgrund der Kritik von Abgeordneten des Obersten Sowjets ziemlich bald aufgehoben (20.10.1988). Schon am 2.11.1989 hat der Oberste Sowjet der UdSSR eine erneute Redaktion des Gesetzes über die Erhebung der Klage verabschiedet. Auch seine Überschrift[*38] bestätigte, dass ab jetzt auch das Verklagen die kollegialen Organe ermöglicht wird (§ 2). Wohl wurde aber das Verklangen von „Akten normativer Art" ausgeschlossen (§ 3).

Obwohl es interessant wäre, die weitere Entwicklung des Verwaltungsgerichtsverfahrens in Russland zu folgen,[*39] muss man zugeben, dass es ab dem Mai 1990 Estland nicht mehr betrifft. Am 30.3.1990 hat der Oberste Sowjet Estlands eine Übergangszeit für die Wiedererlangung der staatlichen Unabhängigkeit verkündet. Die Staats-, Verwaltungs-, Gerichts- und Staatsanwaltschaftsorgane Estlands wurden vom System der UdSSR getrennt.[*40] Zu diesem Zeitpunkt hat man auch in anderen Staaten des Ostblocks angefangen, die gerichtliche Kontrolle zu verstärken und einzuführen.[*41]

1.3. Übergangszeit und Gerichtsreform

Noch vor der Übergangszeit wurde in Estland die einigermaßen liberalere Fassung der Verfahrensordnung der UdSSR aus dem Jahr 1988 über die Klageerhebung übernommen. Es erfolgte durch die Ergänzung der Zivilprozessordnung der ESSR (ZPO der ESSR)[*42] – die Verwaltungssachen wurden in Volksgerichten als Zivilsachen besonderer Art behandelt. Das Gesetz der UdSSR zur Unterwerfung der kollegialen Organe unter die gerichtliche Kontrolle hat man in Estland nicht in Kraft setzen können. Stattdessen wurde die Zuständigkeit der Gerichte durch zersplitterte Sondergesetze erweitert, z.B. die Gemeindeordnung, das Unternehmensgesetz, das Gesetz über Grundsätze der Eigentumsreform.[*43] Die Volksgerichte mussten auch Klagen gegen die sog. Verwaltungsstrafen der Administrativkommissionen, d.h. im heutigen Sinne die Fälle von Ordnungswidrigkeiten lösen.[*44] Das Verwaltungsrecht hat damals hauptsächlich das Bestrafen von sog. Verwaltungsrechtsverletzungen bedeutet. Die dem westeuropäischen Verständnis entsprechenden Verwaltungsstreitigkeiten bildeten Anfang 1990er Jahre nur einen unwichtigen Teil von der Arbeit der Volksgerichte. Insgesamt hat man im Jahr 1988 in Estland 13.335 Zivilsachen gelöst, wobei 225 davon die „vom Administrativrecht hervorgehenden Rechtssachen" waren. 1989 waren die entsprechenden Werte 11 002 und 171.[*45]

37 Die Verordnung Nr. 15 vom 23.12.1988 des Plenums des Obersten Gerichts der UdSSR.

38 Gesetz über die Regelung der Klageerhebung gegen die die Rechte von Bürgern einengende rechtswidrige Tätigkeit von staatlichen Behörden und Beamten, NSVL Rahvasaadikute Kongressi ja Ülemnõukogu Teataja (Anzeiger der Volksabgeordnetenversammlung und des Obersten Rats der UdSSR] 1989, 22, 416.

39 Jetzt werden Verwaltungssachen in Russland von allgemeinen Gerichten, im Wirtschaftsbereich auch von der Arbitrage gelöst. Seit dem Jahr 1993 gilt das „Gesetz über die gegen die Beamten eingereichten Klagen". S. P. H. Solomon (Fn. 29), S. 85; J. Starilow (Fn. 28), S. 53–65.

40 Das Gesetz des Obersten Sowjets der Republik Estland „Eesti valitsemise ajutise korra alustest" (Über die Grundlagen der zeitweiligen Regelung des Regierens über Estland), 16.5.1990.

41 Siehe z.B. das Gesetz der DDR vom 1.7.1989 über die Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen, siehe O. Kringe. Gerichtlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsentscheidungen in der DDR. – Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 2450; D. Lorenz (Fn. 6), S. 14.

42 Das Gesetz des Präsidiums des Obersten Sowjets der ESSR vom 23.6.1988, § 244[1] *ff*.

43 K. Merusk (Fn. 30), S. 142.

44 § 236 Abs. 1 Nr. 2, §§ 241–244 ZPO; § 297 des Ordunguswidrigkeitengesetzes.

45 J. Odar. Tsiviilasjad kohtutes 1989. a. [Die Zivilsachen in Gerichten im J. 1989]. – Eesti Jurist 1990, S. 187.

Während der Übergangsperiode fanden Diskussionen sowohl über die Einführung einer neuen Verfassung als auch über die Umstrukturierung aller Zweige der Staatsmacht statt, dies umfasste auch die Gerichtsreform. Auf dem Tisch waren Ideen von der Wiedereinführung vom Gerichtssystem der ersten Unabhängigkeitszeit bis zur Bildung von Schwurgerichten.*[46] In der Praxis sollte man etwas mit sog. genossenschaftlichen Gerichten, der Arbitrage und mit Ordnungswidrigkeiten lösenden Administrativkommissionen vornehmen,*[47] auch hat die Zunahme der Zahl von Ordnungswidrigkeitssachen Sorgen gemacht. Das Recht der UdSSR hat für das Auseinandersetzen mit diesen Sachen Administrativ- und Vollstreckungsrichtern an Volksgerichten vorgesehen.*[48] Als eine Lösung wurde die Möglichkeit vorgeschlagen, die Stellen von Verwaltungsrichtern auch an Land- und Stadtgerichten zu schaffen, die als Ergebnis der Gerichtsreform ihre Tätigkeit aufnehmen sollten, wobei langfristig nicht ausgeschlossen wurde, dass in größeren Städten aufgrund der Administrativrichter auch Verwaltungsgerichte gebildet werden. Man überlegte sowohl die Bildung einer Verwaltungskammer am obersten Gericht als auch die Einrichtung eines gesonderten höheren Verwaltungsgerichts nach dem finnischen und schwedischen Vorbild. Vor allem wollte man aber die Zivilrichter von der stark zunehmenden verwaltungsrechtlichen Nebentätigkeit befreien.*[49] Als rechtliche Grundlage der Gerichtsreform wurde am 23.10.1991, d.h. nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit, aber vor der Verabschiedung der Verfassung, das Gerichtsverfassungsgesetz der Republik Estland (GVG) verabschiedet.*[50] Das hat nach dem obengenannten Vorschlag an allgemeinen Gerichten (Land- und Stadtgerichten) tätige Verwaltungsrichter und in größeren Städten separate Verwaltungsgerichte vorgesehen. Die Verwaltungsrichter und -gerichte sollten vor allem Ordnungswidrigkeitssachen lösen (§ 19 GVG). Doch hat man in den Motiven zum Gesetzesentwurf eine gewisse Unwissenheit über die Entwicklung des Verwaltungsprozesses in nächsten Jahren ausgedrückt.*[51] Die klassischen Verwaltungssachen wurden mit dem Gesetz vom 1991 doch in die Zuständigkeit keiner Gerichte gegeben, die Zuständigkeit lag im Ermessen des Justizministers (§ 17 Abs. 2).*[52] K. Merusk z.B. hat diese Situation scharf kritisiert, indem er aufgerufen hat, die Verwaltungsgerichte nach westeuropäischen Traditionen zu schaffen und sie von der Bearbeitung von Ordnungswidrigkeiten zu befreien.*[53]

Das am 29.6.1992 durch Volksabstimmung verabschiedete Grundgesetz hat das Klagerecht eines Einzelnen (§ 15) und die im Gerichtsverfassungsgesetz vom 1991 vorgeschriebene Errichtung von Verwaltungsgerichten (§§ 148 Abs. 1 Zf. 1, 149 Abs. 1) gewährleistet, ohne ihre Aufgaben zu präzisieren. Im Rahmen der Anwendung von GVG wurden in Tallinn, Tartu und Narva die Verwaltungsgerichte errichtet. In anderen Bezirken wurden an Land- und Stadtgerichten die Stellen der Verwaltungsrichter geschaffen.*[54] Im September 1993 nahmen in Verwaltungsgerichten 13, in Land- und Stadtgerichten 23 Verwaltungsrichter ihre Arbeit auf. Die Verwaltungsrichter wurden als „niedriger gestellte Richter" angesehen. Insbesondere kam es im Gehalt von Verwaltungsrichtern zum Ausdruck, das im Vergleich zu Gehältern anderer Richter der ersten Instanz bis zu 10% niedriger sein konnte.*[55]

---

46 J. Raidla. Teel kriisist õigusriiki [Auf dem Weg von der Krise in den Rechtsstaat]. – Eesti Jurist 1990, S. 182, 185; J. Odar. Eesti kohtukorralduse kujundamine [Die Gestaltung des Gerichtssystems Estlands]. – Eesti Jurist 1990, S. 100, 103; Erläuterung zum Entwurf der Gerichtsverfassung der Republik Estland und des Gesetzes über die Stellung der Richter der Republik Estland. – Staatsarchiv Estland, ERA.R-3.3.15918 (1991), S. 3.

47 J. Kirikal. Kohtureform ja põhiseadus [Gerichtsreform und Verfassung]. – Eesti Jurist 1990, S. 251, 252–253; M. Rask. Ees on kohtureform [Es steht die Gerichtsreform vor]. – Eesti Jurist 1990, S. 318, 319.

48 §§ 5, 18 der Grundsätze der Gerichtsverfassung der UdSSR und Sowjetrepubliken – RKÜT 1989, 23, 441.

49 J. Odar (Fn. 45), 103; J. Odar. Kolmeastmelise kohtusüsteemi kujundamine ja kohtusüsteemi lülid [Die Gestaltung und Glieder des dreistufigen Gerichtsssytems]. – Eesti Jurist 1991, S. 329, 330–331; J. Kirikal (Fn. 46), S. 254, die Einrichtung der gerichtlichen Kontrolle über die Tätigkeit der exekutiven und organisatorischen Behörden und Staatsbeamten wurde als ein „sehr sensibles und schmerzhaftes" Thema bezeichnet.

50 RT 1991, 38, 472.

51 Erläuterung (Fn. 45), S. 6; § 42 des Gesetzes zur Veränderung und Ergänzung des am 16.12.1992 verabschiedeten „Gerichtsverfassungsgesetzes der Republik Estland" und „Gesetzes über die Stellung der Richterder der Republik Estland". Siehe auch: U. Lõhmus. – Ü. Madise, B. Aaviksoo u.a. (Hrsg.). Eesti Vabariigi põhiseadus. Kommenteeritud väljaanne [Die Verfassung der Republik Estland. Kommentierte Ausgabe]. Tallinn: Juura 2012, § 148 Komm. 5; vgl. der Vortrag von J. Adams. – die erste Lesung des VwGO-Entwurfes 9.6.1993. VII Riigikogu 191 SE, http://www.riigikogu.ee/.

52 K. Merusk (Fn. 30), S. 138.

53 *Ibid*., S. 144; s. auch: Vortrag von K. Tamme – die erste Lesung des VwGO-Entwurfes (Fn. 50).

54 §§ 2-4 des Gesetzes über die Festlegung der Anzahl von Gerichten der Republik Estland sowie ihrer Zusammensetzung und der Anzahl von Beisitzern der Land- und Stadtgerichte. – RT 1993, 1, 1.

55 Eesti Vabariigi kohtuniku staatuse seadus (Gesetz über die Stellung der Richter der Republik Estland), § 31 Abs. 4 – RT 1991, 38, 473.

In der zweiten Instanz begannen die Bezirksgerichte und in der Kassationsinstanz der Staatsgerichtshof die Verwaltungssachen zu bearbeiten.[*56] Dabei ist die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs begrenzt, er überprüft die Entscheidungen eines Bezirksgerichts nur aus dem Standpunkt der richtigen Anwendung des materiellen Rechts und der Einhaltung von Verfahrensvorschriften.[*57]

1.4. Verwaltungsgerichtsordnung vom Jahr 1993

Neben dem organisatorischen Aufbau der Gerichte brauchte man für das Starten der Arbeit von Verwaltungsgerichten Verfahrensvorschriften. Neben dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten,[*58] das die Überprüfung und die Verhängung von Verwaltungsstrafen im Verwaltungsgericht regelte, beschloss man ein Gesetz zur Lösung von nicht strafbaren Verwaltungsstreitigkeiten auszuarbeiten. Der Gesetzesentwurf, der anfangs den Titel „Gesetz über Lösung von Verwaltungsstreitigkeiten" trug, wurde am 21.6.1993 unter dem Namen Verwaltungsprozessordnung verabschiedet.[*59] Nach der Erläuterung des Gesetzesentwurfs hat die den Entwurf ausgearbeitete Arbeitsgruppe bis zum Jahr 1940 gegoltene AdmGO als Grundlage genommen und den aktuellen Bedingungen angepasst.[*60]

VwGO vom Jahr 1993 war in mehreren Aspekten AdmGO ähnlich, aber auch der Einfluss von ZPO der ESSR war eindeutig zu sehen. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts wurde durch die Kombination einer Generalklausel und zwei Sonderregelungen von §§ 3 und 4 (Art der Verwaltungstätigkeit sowie zu überprüfende Institutionen und Behörden) bestimmt.[*61] Es konnten einzelne Verwaltungsakten, Handlungen und Verwaltungsverträge angefochten werden, im Gesetz wurden gesondert Entscheidungen der Wahlkommissionen genannt.[*62] Das Gesetz versuchte die Behörden und Beamten aufzulisten, die der Kontrolle des Verwaltungsgerichts unterworfen sind. Im Gegensatz zu § 2 AdmGO hatte diese Liste keine den Rechtsschutz begrenzende Bedeutung mehr, weil man sich an das Verwaltungsgericht auch zur Lösung aller anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten wenden konnte, für die das Gesetz keinen anderen Rechtsweg vorgesehen hat.[*63] Nach dem Gesetz sollten außerhalb der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte solche Klagen bleiben, deren Lösung mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit verbunden war.[*64] Schon in ersten Verwaltungssachen hat der wieder seine Tätigkeit aufgenommener Staatsgerichtshof erläutert, dass zum Ausschluss der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes nicht jede Verbindung mit dem Zivilrecht ausreichend ist, sondern die angefochtene Verwaltungshandlung muss in einem zivilrechtlichen Verhältnis stattgefunden haben.[*65] Dies hat wesentlich das Lösen der im Rahmen der erneuten Eigentumsreform entstandenen zahlreichen Streitigkeiten vereinfacht. Die Staatshaftungsansprüche und die Klagen in Bezug auf privatrechtliche Geschäfte der Verwaltung mussten damals ausnahmslos im Zivilverfahren behandelt werden.[*66]

Nach VwGO 1993 waren solche Personen klagebefugt, deren Rechte ein Verwaltungsakt oder eine Handlung verletzt hat. Im Vergleich zu ZPO der ESSR hatten Vereinigungen von Personen zum Schutz ihrer Mitglieder oder anderer Personen kein allgemeines Klagerecht mehr.[*67] So eine Möglichkeit konnte nur durch ein Sondergesetz geschaffen werden. VwGO 1993 hat zugleich ähnlich zu AdmGO den Aufsichtsbeamten eine Möglichkeit zur Protesteinreichung gegeben. Die Klagefrist wurde auf einen Monat gesetzt, bemerkenswerterweise war ein Protest gänzlich fristlos. Es gab kein allgemeines verbindliches Vorverfahren,

56 §§ 148 und 149 der Verfassung.

57 Angefangen mit dem § 40 Abs. 1 von VwGO aus dem Jahr 1993 bis zu § 229 Abs. 1–3 von jetzt gültigen VwGO.

58 In Kraft getreten am 1.8.1992 – RT 1992, 29, 396.

59 RT I 1993, 50, 694; ist am 15.9.2003 zusammen mit der Zivilprozessordnung sowie mit der Strafprozessordnung der Berufung und Kassatsion in Kraft getreten (§ 74 VwGO a.F.).

60 Erläuterung zum Entwurf der Verwaltungsprozessordnung. – VII Riigikogu, SE 191 I.

61 K. Merusk. Halduskohtu mõiste, organisatsioon ja pädevus haldusvaidluste lahendamisel [Begriff, Organisation und Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bei der Entscheidung über die Verwaltungsstreitigkeiten]. – Juridica 1994/2, S. 47, 48.

62 So auch in §§ 238-240 ZPO der ESSR.

63 z.B. StGH 3.11.1995, III-3/1-32/95; K. Merusk (Fn. 60), S. 47-49.

64 § 3 Abs. 2 Nr. 1 VwGO 1993.

65 StGH 23.2.1994, III-3/1-2/94; K. Merusk (Fn. 60), S. 50. Vgl. oben, Fn. 26.

66 K. Merusk, I. Koolmeister. Haldusõigus [Verwaltungsrecht]. Tallinn: Juura 1995, S. 125.

67 Vgl. § 244[1] Abs. 2 ZPO der ESSR. StGH hat auch schon früh betont, dass die Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandlungen an sich keine Grundlage für eine Klageerhebung ist, siehe StGH 31.3.1995, III-3/1-4/95.

durch Sondergesetze war seine Einrichtung möglich.[*68] Gerichtssache konnte nur in einer Sitzung gelöst werden[*69] und die Sitzung sollte innerhalb eines Monats ab der Klageerhebung gehalten werden.[*70] Bei der Prüfung der Sache sollte man vom Ermittlungsgrundsatz ausgehen.[*71] Obwohl in der Literatur die Meinung geäußert wurde, dass das Gericht faktische Tatsachen mit dem Stand des Zeitpunktes der Fällung des Urteils feststellen muss,[*72] ist in der Praxis die *ex post* Betrachtungsweise die Regel geworden – als Grundlage wurden die Tatsachen im Moment des Erlassens der Verwaltungsaktes genommen.[*73] Die Befugnisse vom Verwaltungsgericht waren in den 1990er Jahren begrenzt. Das Gericht konnte einen Akt oder eine Handlung nur für rechtswidrig erklären und gleichzeitig der Verwaltung einen „Vorschlag" unterbreiten, die Sache nochmals zu bearbeiten.[*74] Der Vorschlag wurde jedoch als rechtlich verbindlich angesehen.[*75]

Die Rahmenbedingungen für die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte waren in 1990er Jahren kompliziert. Es gab keine Gesetze für den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts, es gab kaum Rechtsprechung und Fachliteratur. Die Tätigkeit der Institutionen der Exekutive war durch zersplitterte sektorale Rechtsakte reguliert, oftmals nur durch Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften, oft gab es Widersprüche zur Verfassung.[*76] Die dem Verwaltungsverfahren zu stellenden Anforderungen mussten aufgrund der Verfassung und der Erfahrungen anderer Staaten geschaffen werden. Vor allem in Sachen der Eigentumsreform hat der Staatsgerichtshof wichtige Grundsätze für die weitere Entwicklung des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts gebildet: Begründungspflicht von Verwaltungsakten,[*77] die Grenzen der Kontrolle von Ermessensentscheidungen der Verwaltung,[*78] Fragen der Veränderung eines früheren Verwaltungsaktes,[*79] mehrstufige Verwaltungsverfahren.[*80] VwGO 1993 war nach dem Vorbild ihrer Vorgänger für die Abwehr von belastenden Verwaltungsakten durch die Adressaten geplant. Die Eigentumsreform forderte von Gerichten die Lösung von wesentlich vielfältigeren Situationen: Z.B. wenn ein Grundstück einer ehemaligen Eigentümer zurückgegeben wurde, verlor sein bisherige Nutzer sein Privatisierungsrecht. Dies hat den Staatsgericht dazu gezwungen, Dritte in den Verwaltungsprozess einzubeziehen, obwohl diese Möglichkeit durch VwGO nicht vorgesehen war.[*81]

1.5. Reform des allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts

Im Jahr 1999 wurde die neue Redaktion von VwGO verabschiedet und sie ist im Jahr 2000 in Kraft getreten; sie wurde im Kontext der Reform des ganzen allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts zusammen mit Entwürfen des Verwaltungsverfahrensgesetzes, des Staatshaftungsgesetzes, des Gesetzes über Ersatzvornahme und Zwangsgeld und des Gesetzes über Verwaltungszusammenarbeit vorbereitet.[*82] Mit der Einführung des Gesetzes wurde ein wichtiger Schritt in die Richtung der heutigen Regelung des Verwaltungsprozessrechts

68 §§ 5 und 7 VwGO 1993. Ähnlich auch: § 244[5] ZPO der ESSR.

69 § 17 VwGO 1993; so auch § 244[6] Abs. 1 ZPO der ESSR.

70 § 11 VwGO (1993). Nach § 244[6] Abs. 2 ZPO der ESSR musste eine Gerichtssache sogar innerhalb von 10 Tagen durchgesehen werden.

71 §§ 9 Abs. 1 Nr. 3 und 4, 14 Abs. 2 und 28 Abs. 4 VwGO. Siehe auch: K. Merusk, I. Koolmeister (Fn. 65), S. 126; K. Merusk. Otsustusmenetlus [Entscheidungsverfahren]. – Juridica 1994/2, S. 54; StGH 16.12.1994, III-3/1-16/94.

72 K. Merusk (Fn. 70), S. 54.

73 StGH hielt diese Betrachtungsweise aus den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsprozesses abgeleitet, insbesondere StGH 18.6.2002, 3-3-1-33-02, Rdn. 11.

74 § 20 VwGO 1993. So auch § 244[7] Abs. 1 ZPO der ESSR; s. auch StGH 26.5.1995, III-3/1-8/95.

75 K. Merusk, I. Koolmeister (Fn. 65), S. 126.

76 Ü. Madise. Eesti haldusõiguse reformi kandvatest ideedest [Über die tragenden Ideen der Verwaltungsrechtsreform Estlands]. – Juridica 2003/1, S. 38, 42; A. Aedmaa u.a. Haldusmenetluse käsiraamat [Handbuch des Verwaltungsverfahrens]. Tartu: Tartu Ülikooli Kirjastus 2004, S. 34.

77 StGH 6.10.1995, III-3/1-26/95; 10.10.1995, III-3/1-35/95.

78 K. Merusk. Administratsiooni diskretsioon ja selle kohtulik kontroll [Verwaltungsermessen und seine gerichtliche Kontrolle]. Tallinn: Juura 1997, S. 107-114.

79 StGH 13.3.1998, 3-3-1-7-98.

80 StGH 5.12.1997, 3-3-1-32-97, Rdn. 1.

81 StGH 25.11.1994, III-3/1-11/94.

82 Siehe Ü. Madise (Fn. 75), S. 42-43; Erläuterung zum Gesetzesentwurf von VwGO aus dem Jahr 2000 (VIII Riigikogu 1047 SE), S. 1.

gemacht.[*83] Die Zuständigkeit und die Befugnisse des Verwaltungsgerichtes, sowie der Umfang der gerichtlichen Kontrolle haben genau dann ihre heutige Form erhalten. Auch wurde eine Möglichkeit des schriftlichen Verfahrens geschaffen. Normentechnisch und strukturell blieb das Gesetz doch der Fassung des Jahres 1993 ähnlich, auch der allgemeine Hinweis auf die Bestimmungen der Zivilprozessordnung wurde beibehalten. Parallel zur Erneuerung des Verwaltungsrechts fand eine Reform des Aufbaus der Verwaltungsgerichtsbarkeit statt, die am 1.1.2001 zu Ende gebracht wurde. Alle Verwaltungsrichter der Land- und Stadtgerichte wurden in die Verwaltungsgerichte überführt oder sie setzten ihre Arbeit in bisherigen Gerichten als Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit fort. Die Zuständigkeit der Lösung von Ordnungswidrigkeiten wurde von Verwaltungsgerichten an Land- und Stadtgerichte übergegeben.[*84] Mit dieser Veränderung ist in Estland endgültig ein Verwaltungsgerichtssystem herausgebildet worden, das den Traditionen Kontinentaleuropas und dem Sinn von § 148 Abs. 1 Nr. 1 der Verfassung entspricht.[*85]

Von der Praxis des Staatsgerichts um die Jahrhundertwende müssen insbesondere Urteile hervorgehoben werden, die dem Grundsatz eines lückenlosen und effektiven Rechtsschutzes[*86] den Inhalt gegeben haben. Wegen des Fehlens eines andersartigen Rechtsweges wurden verwaltungs-privatrechtlichen Streit igkeiten,[*87]Allgemeinverfügungen[*88] und unter gewissen Voraussetzungen auch Handlungen des Ermittlungsverfahrens unter die Kontrolle des Verwaltungsgerichts unterzogen.[*89] Im Zusammenhang mit der Ergänzung von Befugnissen des Verwaltungsgerichts wurden die Möglichkeiten des Gerichts beim Schützen von Rechten erweitert, aber gleichzeitig wurde dadurch den Klägern die Wahl von richtigen Ansprüchen (Klagearten) erschwert. Das hat zur Ausbildung der Aufklärungspflicht des Gerichts geführt.[*90]

2. Hauptmerkmale der estnischen Verwaltungsprozessordnung heute

Heute werden die Anrufung eines Verwaltungsgerichts und der Ablauf des Verwaltungsgerichtsverfahrens durch die dritte Fassung von VwGO geregelt, die am 1.1.2012 in Kraft getreten ist. Sie basiert hauptsächlich auf VwGO aus dem Jahr 2000 und auf der Kodifizierung ihrer Umsetzungspraxis. Die allgemeine Bezugnahme im § 5 Abs. 1 VwGO a.F. auf Zivilprozessordnung (ZPO) hat sowohl in Gerichten als auch bei Verfahrensbeteiligten einen erheblichen Rechtsunsicherheit verursacht, die im Jahr 2006 durch das Inkrafttreten von neuen detaillierten ZPO noch vertieft wurde. Deshalb werden die Bestimmungen der Zivilprozessordnung in Verwaltungsgerichten jetzt nur in den in neuen VwGO konkret genannten Fällen angewandt.[*91]

2.1. Aufbau von Verwaltunsgerichten

In der ersten Instanz werden die Verwaltungssachen in Estland in zwei Verwaltungsgerichten gelöst – in Tallinn und in Tartu. Beide haben eine Außenstelle außerhalb des Hauptgeschäftssitzes – in Pärnu und in Jõhvi. Gegen ein Urteil eines Verwaltungsgerichtes kann ein Rechtsmittel beim Bezirksgericht eingelegt werden, das Urteil des letzteren kann durch eine Revision im höchsten Gericht des Staates – im Staatsgericht – angefochten werden. Die Verwaltungsgerichte sind die von allgemeinen Gerichten organisatorisch getrennte Gerichtsbehörden, dagegen in Bezirksgerichten und im Staatsgericht handeln die

83 Dazu näher unten (2).

84 Ausführungsgesetz der Verwaltungsprozessordnung – RT I 2000, 51, 321; I. Pilving. Halduskohtute korraldus ja pädevus halduskohtumenetluse seadustiku eelnõus [Das System und die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nach dem Entwurf der Verwaltungsprozessordnung]. – Juridica 1998/10, S. 515.

85 I. Pilving (Fn. 83), S. 515.

86 z.B. in Verbindung mit dem vorläufigen Rechtsschutz: StGH 21.12.2001, 3-3-1-67-01; StGH der Klagefrist StGH 18.12.2001, 3-3-1-60-01; 15.10.2002, 3-3-1-48-02.

87 StGH 20.12.2001, 3-3-1-15-01.

88 StGH 7.5.2003, 3-3-1-31-03.

89 StGH 22.12.2000, 3-3-1-38-00 (in englischer Sprache: http://www.nc.ee/?id=442).

90 StGH 3.4.2002, 3-3-1-14-02, Rdn. 26.

91 § 1 Abs. 3 VwGO – RT I, 23.12.2013, 38 (Übersetzung ins Englische https://www.riigiteataja.ee/en/eli/527012014001/consolide).

Verwaltungskammern in demselben Gerichtsbehörde neben Zivil- und Strafkammern. Alle Verwaltungssachen beginnen im Verwaltungsgericht, u.a. Klagen gegen Einzelentscheidungen der Regierung und Minister.[*92]

In der ersten Instanz bearbeitet der Richter die Sache in der Regel allein, wegen der Kompliziertheit der Sache oder zur Sicherung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung kann ein Spruchkörper von drei Berufsrichtern mit der Lösung der Sache beauftragt werden.[*93] Im Jahr 2013 wurden den estnischen Verwaltungsgerichten insgesamt 2957 Klagen eingereicht. Die durchschnittliche Bearbeitungszeit der Verwaltungssachen betrug im Jahr 2013 in der ersten Instanz 144 Tage. Vor allem hat man im letzten Jahr nach einem Rechtsschutz in Bereichen Justizverwaltung (vor allem Klagen von Häftlingen gegen JVA-Verwaltung), Steuerrecht, Baurecht und Sozialrecht gesucht.[*94] Der aus 5 Mitgliedern bestehenden Verwaltungskammer des Staatsgerichts wurden im Jahr 2013 insgesamt 652 Anträge eingereicht, 103 wurden zugelassen.

2.2. Zulässigkeit der Klage

Die Verwaltungsgerichte sind zuständig für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, für die das Gesetz keinen anderen Rechtsweg vorsieht. Die Zuständigkeit erweitert sich auch auf Steuer- und Sozialrechtssachen, Staatshaftungssachen, öffentliche Ausschreibungen und auf verschiedene zivilrechtliche Geschäfte von öffentlich-rechtlichen juristischen Personen. Das Verwaltungsgericht kann auch zivilrechtliche Tatsachen inzident auswerten, wenn das für die Lösung der Verwaltungsstreitigkeit notwendig ist.[*95] Möglich sind Aufhebungsklage, allgemeine Verpflichtungsklage, Unterlassungsklage, Entschädigungsklage in Staatshaftungssachen und Folgenbeseitigungsklage[*96] sowie Feststellungsklage. Anfechten kann man sowohl Verwaltungsakten[*97] als auch Verträge und Handlungen.[*98] Unmittelbar können die Verordnungen der Exekutivgewalt in Estland nicht angefochten werden: Möglich ist nur eine konkrete Normenkontrolle über die Verfassungsmäßigkeit solcher Gesetze und Verordnungen, die in einer Streitigkeit über eine Einzelentscheidung relevant sind. Gleichzeitig wird der Begriff des Verwaltungsakts erweitert ausgelegt, z.B. werden Bebauungspläne, Entscheidungen über die Inschutznahme von Naturobjekten[*99] und Umweltnutzungspläne[*100] als Allgemeinverfügungen für einen Verwaltungsakt gehalten und sie können daher angefochten werden.

Die allgemeine Klagefrist beträgt bei Verwaltungssachen 30 Tage ab der Bekanntgabe einer Verwaltungsentscheidung, bei Schadensersatzsachen 3 Jahren ab dem Auftritt des Schadens. Es ist das Recht zur Erhebung eines Widerspruchs gewährleistet, in der Regel ist die Verwendung eines Vorverfahrens aber nicht verbindlich. Eine Person hat die Klagebefugnis in der Regel nur zum Schutz ihrer subjektiven öffentlichen Rechte.[*101] Eben der Schutz von Rechten wird im Gesetz als die Hauptaufgabe der Verwaltungsgerichte festgehalten.[*102] Aber z.B. in Streitigkeiten über Bebauungspläne ist jedem das Recht auf die Erhebung einer Popularklage gewährleistet.[*103] In Umweltsachen ist den Umweltverbände die Klagebefug-

92 Nach der Bewertung des Staatsgerichts erlaubt die Verfassung kein Ersetzen einer Gerichtsinstanz durch ein Verfahren in Organen der Exekutivgewalt, StGH 8.6.2009, 3-4-1-7-08, Rdn. 31–33 (in englischer Sprache: http://www.nc.ee/?id=1037); s. auch die Übersicht des Justizsystems in englischer Sprache: http://www.nc.ee/?id=188.

93 Zum Vorhergesagten: §§ 3 und 11 VwGO.

94 Justizministerium Estlands. Die aggregierte Daten der Verfahrensstatistik der Gerichten der I. und II. Instanz aus dem Jahr 2013 (Im Internet verfügbar unter: http://www.kohus.ee/et/eesti-kohtud/kohtute-statistika).

95 § 4 VwGO.

96 E. Andresen. The Claim for Elimination of Unlawful Consequences and the Claim for Compensation for Damage under Estonian State Liability Law. – Juridica International 2005, S. 168.

97 Zur Anfechtung von abgelaufenen Verwaltungsakten siehe E. Vene. Wirksamkeit des angefochtenen Verwaltungsakts als Voraussetzung für die Stattgebung der Aufhebungsklage in der Rechtsetzung und Rechtsprechung Estlands. – Juridica International 2013, S. 142.

98 §§ 5 und 6 VwGO.

99 StGH 31.5.2011, 3-3-1-85-10, Rdn. 20 (Übersetzung ins Englische http://www.riigikohus.ee/?id=1269).

100 I. Pilving. Environmental Exploitation Plan as Administrative Form of Action. – Juridica International 2010, S. 138, 143–144.

101 §§ 44–47 VwGO. Siehe auch: I. Pilving. Right of Action in Estonian Administrative Procedure. – Juridica International 1999, S. 55.

102 Zusätzlich hat der Staatsgerichtshof die besondere Rolle der Verwaltungsgerichte beim Ausgleichen der Exekutivgewalt betont – StGH 22.11.2011, 3-3-1-33-11, Rdn. 26.3 (Übersetzung ins Englische http://www.riigikohus.ee/?id=1299); auch aus der historischen Perspektive gesehen: L. Kanger, M. Leppik (Fn. 20), S. 509.

103 § 26 Abs. 1 des Planungsgesetzes.

nis unabhängig der Verletzung ihrer eigenen subjektiven Rechte oder der subjektiven Rechte von Dritten gewährleistet.*[104] Auch eine Einzelperson muss nicht unbedingt in Umweltsachen einen Eingriff in ihre Rechte nennen, ausreichend ist eine sog. erhebliche und tatsächliche Betroffenheit, d.h. eine Verletzung glaubwürdiger Interessen.*[105] Neben dem Klagerecht des Einzelnen wurde den Aufsichtsbehörden das traditionelle Recht zum Protest beibehalten. Wie früher, hat die Klage selbst auch heute keine aufschiebende Wirkung auf einen Verwaltungsakt, aber das Gericht kann notfalls die Wirksamkeit des Aktes aufschieben oder andere einstweilige Anordnungen durch einen Beschluss des vorläufigen Rechtsschutzes erteilen.*[106]

2.3. Verfahrensgrundsätze und Überprüfungsverfahren der Sache

Bei der Lösung der Sache muss das Gericht Grenzen des Anspruches und des Klagegrundes einhalten. Das Gericht ist bei der Überprüfung einer Verwaltungsentscheidung nicht an faktische oder rechtliche Aussagen der Beteiligten gebunden.*[107] Im Verwaltungsgericht gilt der Untersuchungsgrundsatz: Der Richter muss den Beteiligten, vor allem dem Kläger, beraten und helfen, sollte sie oder er keine Rechtswissen haben. Diese Pflicht gilt sowohl für die Formulierung der Anträge als auch für die Beweiserhebung.*[108]

Die Ermessensentscheidungen der Verwaltung überprüft das Gericht nach den im Verwaltungsverfahrensgesetz festgehaltenen Ermessensregeln. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bewertung der Rechtmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit ist der Moment ihrer Durchführung.*[109] Im Rahmen eines Verwaltungsprozesses können Verfahrens- und Formfehler der Verwaltung nicht korrigiert werden, wohl kann ein Fehler unberücksichtigt bleiben, wenn das Gericht überzeugt ist, dass der Fehler keine Auswirkung auf den Inhalt des Verwaltungsaktes hatte.*[110]

In der Regel muss eine Verwaltungssache mündlich in einer Sitzung besprochen werden, ausnahmsweise sind auch ein schriftliches Verfahren oder ein Verfahren nach billigem Ermessen möglich. Das Gesetz regelt jetzt auch das Mediationsverfahren: Mit der Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten kann der Richter den Beteiligten dabei helfen, die Sache einvernehmlich zu lösen.*[111]

Zusammenfassung

Sowohl am Anfang als auch am Ende des 20. Jahrhunderts ist zunächst das Russische Imperium und später die UdSSR unmittelbar vor der Auflösung und vor der Unabhängigkeit Estlands zur Erkenntnis gekommen, dass die Rechte von Personen zur Zügelung der Exekutive gerichtlich geschützt werden müssen. In beiden Fällen haben eben diese Entwicklungen auch in Estland die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung in Gang gesetzt. 1993 ging damit die Bildung von Verwaltungsgerichten als besondere Gerichtsbehörden einher. Das wurde durch das Zusammentreffen von mehreren Tatsachen bedingt: Der politische Wille, eine dem Rechtsstaat eigene gerichtliche Kontrolle über Exekutivgewalt zu gewährleisten, das zeitliche Zusammentreffen der Einführung der Kontrolle mit der Verabschiedung der Gerichtsreform und der Verfassung, der praktische Bedarf die Behandlung der Ordnungswidrigkeiten neu zu gestalten sowie westeuropäische Vorbilder.

Ab AdmGO basiert das Verwaltungsprozessverfahren auf dem Modell des Schutzes vom subjektiven Recht, das durch das Institut des Protestes für den Schutz öffentlicher Interessen ergänzt wurde. Die Zuständigkeit und Befugnisse des Verwaltungsgerichts sind Mal eingeschränkt, dann wieder erweitert worden. Heute sind die Zuständigkeit und Befugnisse des Verwaltungsgerichts größer als je bevor. Allgemein

[104] K. Relve. Definition of an Environmental Organisation in the Arhus Convention, Environmental Directives and Estonian Law. – Juridica International 2010, S. 121.

[105] K. Relve. Influence of Article 9 (3) of the Aarhus Convention on Legal Standing in Estonian Administrative Courts. – Juridica International 2009, S. 176, 180–183.

[106] §§ 4-6, 44, 46–47, 249, 255 und 292 VwGO.

[107] I. Pilving. Der Streitgegenstand im estnischen Verwaltungsprozess. – Juridica International 2009, S. 185, 187.

[108] § 2 Abs. 3–5 VwGO.

[109] Ab StGH 19.11.2009, 3-3-1-62-09, Rdn. 22 und 7.12.2009, 3-3-1-5-09, Rdn. 44.

[110] § 158 Abs. 2–3 VwGO, §§ 4 und 58 des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Über Praxis insbesondere: StGH 29.11.2012, 3-3-1-29-12, Rdn. 19–21.

[111] §§ 126–141 VwGO.

verbindliche abstrakte Akten der Verwaltung sind die einzigen verwaltungsrechtlichen Handlungen von Behörden, die nicht unter der Kontrolle der Verwaltungsgerichte fallen. In früheren Perioden hat man versucht, die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte wesentlich einzuschränken, das aus der Angst, zu stark ins Tätigkeitsfeld der ordentlichen Gerichte und der Exekutive einzugreifen. Man versuchte die Verwaltungsgerichte z.B. von der Lösung der zivilrechtlichen Fragen und Schadensersatzsachen fernzuhalten. Besonders in den Jahren nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit waren die Befugnisse des Verwaltungsgerichts begrenzt und die Gerichte konnten die Verwaltungsentscheidungen nur im Nachhinein, von der ex post-Betrachtungsweise ausgehend überprüfen, ohne die während des Gerichtsverfahrens sich ändernden Tatsachen und die möglichen neuen Streitigkeiten nach dem Inkrafttreten des Urteils zu berücksichtigen. In letzten 20 Jahren haben die Gesetze und die Rechtsprechung die bisherigen dogmatischen Grenzen andauernd in die Richtung eines effektiveren und kohärenteren Rechtsschutzes verschoben. Die Gerichte sollen nicht nur nachhinein die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen einschätzen. Das Ziel ist, den Rechten des Einzelnen einen tatsächlichen Schutz zu bieten, die Aufhebung von Verwaltungsakten nur aus formellen Gründen zu vermeiden und soweit möglich, alle mit einem Fall verbundenen Probleme in einem Verfahren zu lösen (u.a. Schadensersatz, zivilrechtliche Tatsachen und Folgen).

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.05

Michael Sachs

Prof. Dr.
Universität zu Köln

Verfassungsrechtliche Determinanten der öffentlichen Verwaltung in Deutschland[*1]

I. Einführung

Zum fünften Thema dieser Tagung, ‚Über die Determinanten der modernen Staatsverwaltung', könnte man die unterschiedlichsten Dinge sagen – geschichtliche Traditionen, soziologische Gegebenheiten, politische und ökonomische Rahmenbedingungen, die zu erledigenden Aufgaben: Sie alle und weitere Faktoren bestimmen mit darüber, was moderne Staatsverwaltung tut und wie sie beschaffen ist. Für mich als Juristen liegt es nahe, den Blick auf rechtliche Determinanten zu werfen; von diesen haben unbeschadet unionsrechtlicher Ingerenzen die Vorgaben der Verfassung die größte Bedeutung. Über diese will ich Ihnen mit Blick auf das mir vertraute Deutschland berichten und hoffe, dass dies für Sie aus rechtsvergleichender Perspektive von Interesse ist.

Estland ist als Einheitsstaat mit gesetzlich festgelegter territorialer Verwaltungseinteilung verfasst (§ 2 Abs. 2 der Verfassung von 1992[*2]); Deutschland ist demgegenüber ein Bundesstaat, der Bund mit seinem ‚Grundgesetz' und die ihm als seine Gliedstaaten angehörenden Länder haben ihre je eigenen Verfassungen, die als ‚Determinanten' zu berücksichtigen sind. Die öffentliche Verwaltung in Deutschland findet grundsätzlich auf der Ebene der Länder statt; die Landesverwaltungen führen die jeweiligen Landesgesetze, aber prinzipiell auch die Bundesgesetze aus. Dabei hat der Bund nach Art. 84, 85 Grundgesetz (GG) unterschiedlich weit gehende Möglichkeiten der Aufsicht über die Länder. Eigene Verwaltung des Bundes gibt es nur in einzeln im Grundgesetz aufgeführten Fällen. Sie ist teils nur nach Maßgabe von Bundesgesetzen zugelassen – wie etwa bei Aufgaben der Schifffahrt in Art. 89 Abs. 2 Satz 2 GG –, teils verfassungsunmittelbar vorgeschrieben – wie etwa bei der Bundeswehrverwaltung in Art. 87b Abs. 1 Satz 1 GG. Für die Bundesverwaltung kommt als Determinante nur die Bundesverfassung, das Grundgesetz, in Betracht; dieses ist in vielem aber auch für Fragen der Landesverwaltung maßgeblich, die daneben zudem von der jeweiligen Landesverfassung determiniert wird. Insoweit besteht eine doppelte verfassungsrechtliche Determinierung; im allerdings seltenen Konfliktfall setzt sich die Bundesverfassung durch, denn ganz allgemein gilt nach Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht. Daher – und weil Fragen der Bundesstaatlichkeit für Estland wohl von geringerem Interesse sind – werde ich mich im Weiteren vor allem auf die Determinanten aus dem Grundgesetz beziehen.

---

[1] Für Unterstützung bei der Gestaltung der Fußnoten danke ich meinem Wissenschaftlichen Mitarbeiter Dr. Thomas Blome.

[2] Eesti Vabariigi põhiseadus (The Constitution of the Republic of Estonia). – RT 1992, 26, 349 (auf Estnisch). Auf Englisch verfügbar unter: http://www.legaltext.ee/ (30.3.2014).

Mein Vortragsgegenstand weicht von der Formulierung des Oberthemas, das von moderner Staatsverwaltung spricht, in zwei Punkten ab. Weggelassen habe ich das ‚moderne', weil ich mich nur mit der heutigen Lage befassen will, und nicht mit der geschichtlichen Entwicklung in der sog. Moderne. Mit dem Begriff der ‚öffentlichen Verwaltung' (statt ‚Staatsverwaltung') soll auch die Verwaltung erfasst werden, die durch – gegenüber der Rechtsperson Staat selbständige – Rechtsträger erfolgt, insbesondere solche mit Selbstverwaltungsrechten. Wie in Estland gibt es solche Selbstverwaltungskörperschaften auch in Deutschland zumal auf der örtlichen Ebene, als Gemeinden, auch als Gemeindeverbände (‚Gebietskörperschaften'); obwohl diese Kommunen territorial und rechtlich Untergliederungen des jeweiligen Landes sind, garantiert Art. 28 Abs. 2 GG ihnen schon von Bundesverfassungs wegen das Recht der Selbstverwaltung. Dies ist damit den Ländern zwingend vorgegeben, ihre Verfassungen können es nur im Detail näher ausformen. Daneben gibt es auf gesetzlicher Grundlage auf Bundes- und Landesebene sog. ‚funktionale Selbstverwaltung' (‚Personalkörperschaften') für Rechtsträger, die zur Erfüllung bestimmter Aufgaben (Funktionen) geschaffen sind – wie etwa für die Hochschulen; die Existenz solcher Rechtsträger legt das Grundgesetz nicht fest,[*3] sondern lässt sie allenfalls zu – darauf komme ich mit Blick auf das Demokratieprinzip später zurück. Einstweilen ging es mir nur darum, die Reichweite der hier zu behandelnden öffentlichen Verwaltung aufzuzeigen, die über eine eng verstandene Staatsverwaltung hinausgeht; sie unterliegt insgesamt weitgehend denselben bundesverfassungsrechtlichen Determinanten.

Ich habe das Grundgesetz und die Landesverfassungen für diesen Vortrag einmal nach verwaltungsbezogenen Begriffen wie Verwaltung, Behörden, Beamten, Aufsicht und Ähnlichem durchgesehen und dabei festgestellt, in welchem Ausmaß schon der Verfassungswortlaut sich mit Fragen der Verwaltung befasst. Die Überfülle einschlägiger Bestimmungen schließt es aus, sie auch nur annähernd alle wenigstens anzusprechen. Ich werde mich darum im Weiteren vor allem auf zentrale Elemente des deutschen Verfassungsrechts von übergreifender Bedeutung beziehen. Im Einzelnen möchte ich folgende großen Komplexe jeweils in einigen Facetten ansprechen, nämlich:

- vor allem das Rechtsstaatsprinzip (zu II.),
- damit eng zusammen hängend die Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt (zu III.),
- schließlich noch kurz das Demokratieprinzip (zu IV).

Zu den zentralen, selbst der Verfassungsänderung entzogenen Verfassungsgehalten der Art. 1 und 20 GG gehören daneben noch drei Prinzipien:

- das schon erwähnte Bundesstaatsprinzip soll trotz erheblicher Bedeutung für die Verwaltung im föderalen Deutschland aus den erwähnten Gründen hier nicht näher behandelt werden,
- das republikanische Prinzip wird wohl noch überwiegend auf den Ausschluss eines erblichen, monarchischen Staatsoberhaupts beschränkt verstanden[*4] und erlangt so für die Verwaltung keine Bedeutung.[*5] Soweit ihm weitergehende Gehalte zugeschrieben werden, sind sie durchweg auch über Rechtsstaat und Demokratie zu erfassen,
- das Sozialstaatsprinzip hat trotz größter praktischer Relevanz sozialer Gesetzgebung und Verwaltung doch nur recht begrenzt juristisch greifbare unmittelbare Rechtswirkungen für die Verwaltung, die keine selbständige Behandlung erfordern.

3 Auch für die in Art. 87 Abs. 2 GG angesprochenen Träger der Sozialversicherung wird die ihnen traditionell zukommende Selbstverwaltung ganz überwiegend nicht als grundgesetzlich vorgeschrieben verstanden, s. nur M. Sachs. – M. Sachs (Hrsg.). Grundgesetz. 6. Aufl. München: Beck 2011, Art. 87 Rdn. 55 mit weiteren Nachweisen (m.w.N.).

4 M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 9 *f.*; H. Dreier. – H. Dreier (Hrsg.). Grundgesetz. Bd. II. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck 2006, Art. 20 (Republik) Rdn. 17 *ff.*

5 Bei einem erweiterten Republikverständnis mag zumal das damit verbundene Verständnis des Amtes Bedeutung (auch) für die Verwaltung erlangen können, vgl. etwa J. Isensee. § 15 Staat und Verfassung. – J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II. 3. Aufl. Heidelberg: Müller 2004, Rdn. 128 *ff.*, 131; R. Gröschner. § 23 Die Republik. – *Ibid.,* Rdn. 62 *ff.* Jedenfalls die Kernpunkte sind aber in den besonderen Regelungen des Art. 33 Abs. 2, 4 und 5 GG erfasst und können auch anderen Staatsstrukturprinzipien zugeordnet werden.

II. Rechtsstaatliche Determinanten öffentlicher Verwaltung

Das Rechtsstaatsprinzip[*6] umfasst eine Fülle von im Grundgesetz ausdrücklich angesprochenen oder von der Verfassungsrechtsprechung entwickelten, nicht immer klar voneinander abzugrenzenden Elementen. Manche betreffen speziell die Gesetzgebung oder die Rechtsprechung, die Gewaltenteilung in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG spezifisch das Gesamtgefüge der Staatsfunktionen. Viele Elemente des Rechtsstaatsprinzips sind aber auch, manche speziell gerade für die Verwaltung von Bedeutung. Das wichtigste von letzteren ist die in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, auf die ich zuerst eingehen werde (zu 1.). Sodann ist ein Blick zu werfen auf Kontrollen dieser Gesetzmäßigkeit (zu 2.). Daneben sind allgemeine inhaltliche Anforderungen an das Staatshandeln anzusprechen (zu 3.) und schließlich Vorgaben für Organisation und Verfahren der Verwaltung (zu 4.).

1. Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Nach Art. 20 Abs. 3 GG wird neben der Rechtsprechung auch die Verwaltung ‚an Gesetz und Recht gebunden'. Damit wird an den überkommenen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung angeknüpft, der drei Elemente enthält, nämlich die Bindung an das Gesetz (zu a), den Vorrang des Gesetzes (zu b) und den Vorbehalt des Gesetzes (zu c).[*7]

Für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist das Gesetz dabei einheitlich zu verstehen als materielles Gesetz, meint jede (abstrakt-generelle) Rechtsnorm, neben den durchweg vom Parlament[*8] oder Volk[*9] erlassenen formellen Gesetzen also auch von Stellen der Exekutive erlassene Rechtsverordnungen und Satzungen.[*10] Die Verwaltung bedeutet hier die von Gesetzgebung und Rechtsprechung unterschiedene Staatsfunktion, schließt also die (materielle) Gesetzgebung durch die Verwaltung im organisatorischen Sinne nicht ein.[*11] So und nur so ist eine konsistente Begrifflichkeit im Rahmen des Grundsatzes gewahrt, ohne dass die besondere Bedeutung des formellen Gesetzes dadurch in Frage gestellt würde.

a) Zur Bindung an das Gesetz

Die Bindung der Verwaltung an das Gesetz meint deren Verpflichtung, geltende Normen zu beachten, so zu entscheiden oder sonst tätig zu werden, wie es die einschlägigen Normen gebieten, und nichts zu tun, was sie verbieten. In der Pflicht der Normadressaten, die Norm zu befolgen, liegt deren wesensmäßige Bedeutung; die Bindung der Verwaltung an jede für ihr Verhalten geltende Rechtsnorm ist daher unabweisbar. Dies gilt auch für Rechtsverordnungen und Satzungen; selbst wenn eine Stelle der Verwaltung eine solche Rechtsnorm aufheben kann, bleibt ihre Bindung unberührt, bis dies geschehen ist.

Nicht abschließend gelöst ist bis heute die Frage, ob Verwaltungsbehörden auch dann an Rechtsnormen gebunden sind, wenn diese höherrangigen Rechtsnormen widersprechen.[*12] Nach meiner Meinung kann es

6 Zur unbefriedigenden Verankerung in Art. 20 GG M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 75*f.*; H. Schulze-Fielitz. – H. Dreier (Hrsg.) (Fn. 3), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdn. 40; E. Schmidt-Aßmann. § 26 Der Rechtsstaat. – J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.) (Fn. 4), Rdn. 3.

7 So nach der noch aus dem 19. Jahrhundert stammenden maßgeblichen Formulierung O. Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I. Leipzig: Duncker & Humblot 1895, S. 76. Heute werden vielfach nur Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes angesprochen, vgl. in diesem Sinne etwa F. Reimer. § 9: Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation. 2. Aufl. München: Beck 2012, Rdn. 73*ff.*; H. Maurer. Allgemeines Verwaltungsrecht. 18. Aufl. München: Beck 2011, § 6 Rdn. 2, wobei ersterer dann zugleich auf die Bindung an das Gesetz bezogen wird, was der Klarheit nicht dienlich ist.

8 Auf Bundesebene grundsätzlich durch den Bundestag, Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG, aber stets unter Mitwirkung des Bundesrates, Art. 77, 78 GG; formelle Gesetze können ferner gegen den Willen des Bundestages zustande kommen nach Art. 81 GG im sog. Gesetzgebungsnotstand und im Verteidigungsfall durch Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 115e GG.

9 Nur auf der Landesebene aufgrund einschlägiger Regelungen zur Volksgesetzgebung.

10 Strittig; s. dazu nur M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 107, 118.

11 Auch dies wird vielfach anders gesehen, vgl. H. Schulze-Fielitz. – H. Dreier (Hrsg.) (Fn. 3), Art. 20 (Rechtsstaat) Rdn. 92.

12 Offen lassend Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss v. 10.12.2009, 1 BvR 3151/07. – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2010, 435 (441); Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil v. 31.1.2001, 6 CN 2/00. – Entschei-

eine Bindung an solche, wegen des Widerspruchs ja nichtige Normen nicht geben; auch § 76 Abs. 1 Nr. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG)[*13] geht ohne ersichtliche Bedenken davon aus, dass Verwaltungsbehörden in solchen Fällen Rechtsnormen nicht anwenden.

Trotz umfänglichster Normsetzung bleiben allerdings ungeregelte Bereiche; insoweit kann es eine Bindung der Verwaltung an das Gesetz nicht geben. Neben solchen Bereichen gesetzesfreier Verwaltung gibt es Fälle normativer Regelungen, die nicht abschließend sind, in denen das Gesetz der Verwaltung hinsichtlich der anzuordnenden Rechtsfolgen Ermessen einräumt oder ihr für die Beurteilung tatbestandlicher Voraussetzungen einen Beurteilungsspielraum überlässt. Grenzen ergeben sich einerseits aus den Grundrechten, die nicht pauschal dem Ermessen von Verwaltungsstellen überantwortet werden dürfen,[*14] andererseits aus der Rechtsweggarantie, die nicht beliebig überspielt werden darf.[*15]

b) Zum Vorrang des Gesetzes

Der Vorrang des Gesetzes ist, wenn man ihn nicht ganz oder teilweise mit der Bindung an das Gesetz gleichsetzt,[*16] eine Kollisionsnorm. Diese verbietet, dass ein auf die Begründung von Rechtsfolgen ausgerichteter Rechtsakt der Verwaltung, dessen Inhalt einem Gesetz widerspricht, volle Gültigkeit erlangt. Dies bedeutet allerdings nicht, dass rechtswidrige Rechtsakte der Verwaltung zwangsläufig ungültig sein müssen. Die Rücksicht auf konkurrierende Verfassungsanliegen einer effektiven Verwaltung einerseits, der auch zum Rechtsstaatsprinzip gezählten Rechtssicherheit andererseits lassen vielmehr Raum für gesetzliche Regelungen, die die ideale Fehlerfolge der Nichtigkeit rechtswidriger Verwaltungsrechtsakte[*17] relativieren.

So sind nach dem überkommenen, heute in den Verwaltungsverfahrensgesetzen normierten allgemeinen Verwaltungsrecht in Deutschland die weiterhin als Handlungsform der Verwaltung zentral bedeutsamen Verwaltungsakte, wenn sie materiell rechtswidrig sind, trotzdem nur ausnahmsweise nichtig. Sie

dungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 112, 373 (380 *ff.*); Bundesgerichtshof (BGH), Urteil v. 25.3.2004, III ZR 227/02. – NVwZ 2004, 1143 (1144) m.w.N.; wie hier etwa Oberverwaltungsgericht (OVG) Niedersachsen, Beschluss v. 15.10.1999, 1 M 3614/99. – NVwZ 2000, 1061 *ff.*; auch H.-D. Horn. – M. Sachs, H. Siekmann (Hrsg.). Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat – Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag. Leipzig: Duncker & Humblot 2012, S. 353 *ff.*; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 30.6.2005, 20 A 3988/03. – Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen und für das Land Niedersachsen (OVGE) 50, 139 (146), sieht immerhin ‚in engen Grenzen' Raum für eine behördliche Normverwerfungskompetenz; anders Bundesfinanzhof (BFH), Urteil v. 12.05.2009, IX R 45/08. – Sammlung der Entscheidungen des BFH (BFHE) 225, 299 (301); K.-F. Gärditz. – K. H. Friauf, W. Höfling (Hrsg.). Berliner Kommentar zum Grundgesetz. Köln: Erich Schmidt Verlag (Losebl.-Ausg.), Art. 20 (6. Teil) (2011) Rdn. 108 *ff.*; BVerwG, Beschluss v. 22.08.2005, 6 BN 1/05. – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report (NVwZ-RR) 2006, 36 (37), sieht Beamte ‚regelmäßig' auf die Möglichkeit beschränkt, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Norm intern oder in Form der sog. Remonstration anzubringen; BVerwG, Urteil v. 16.10.2007, 7 C 6/07. – BVerwGE 129, 346 Rdn. 28, hält die behördliche Anwendung einer nichtigen Verordnung für unbeachtlich, weil die Nichtigkeit ‚nicht offensichtlich' gewesen sei; dagegen aber BVerfG, Beschluss v. 10.12.2009, 1 BvR 3151/07. – NVwZ 2010, 435 Rdn. 80 *f.*

13 Die Bestimmung lautet: „Der Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages gemäß Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes ist nur zulässig, wenn der Antragsteller Bundes- oder Landesrecht für gültig hält, nachdem ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes das Recht als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat." Zur Argumentation mit der Vorschrift s. F. Kopp. Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden. – Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1983, S. 825 *f.*

14 M. Sachs. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.). Verwaltungsverfahrensgesetz. 8. Aufl. München: Beck 2014, § 40 Rdn. 85; K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte. München: Beck 1988, S. 1353 *ff.*; H. Maurer (Fn. 6), § 7 Rdn. 23.

15 BVerfG, Beschluss v. 18.06.1997, 2 BvR 483/95 u.a., *Strafvollstreckungsüberstellung auf eigenen Wunsch*. – BVerfGE 96, 100 (114 *ff.*); BVerwG, Urteil v. 20.02.1990, 1 C 42/83. – BVerwGE 84, 375 (377 *f.*); M. Sachs. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 13), § 40 Rdn. 90.

16 Vgl. für dieses verbreitete, von der von Otto Mayers Urversion des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abweichende Vorgehen etwa BVerfG, Beschluss v. 28.10.1975, 2 BvR 883/73 u.a., *Rechtsschutzverfahren im Strafvollzug*. – BVerfGE 40, 237 (248 *f.*); BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, *Görgülü*. – BVerfGE 111, 307 (330); K.-P. Sommermann. – H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (Hrsg.). Kommentar zum Grundgesetz. Bd. 2. 6. Aufl. München: Vahlen 2010, Art. 20 Rdn. 270 *ff.*; G. Robbers. – W. Kahl, C. Waldhoff, C. Walter (Hrsg.). Bonner Kommentar zum Grundgesetz. Heidelberg: Müller (Losebl.-Ausg.), Art. 20 I (2009) Rdn. 2105 *f.*; K.-F. Gärditz. – K. H. Friauf, W. Höfling (Hrsg.) (Fn. 11), Art. 20 (6. Teil) (2011) Rdn. 43; H. Maurer (Fn. 6), § 6 Rdn. 2.

17 Für Gerichtsentscheidungen gilt im Hinblick auf die Sicherung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit Ähnliches, vgl. nur BVerfG, Beschluss v. 7.5.1953, 1 BvL 104/52, *Notaufnahmegesetz*. – BVerfGE 2, 280 (403 *f.*); BVerfG, Beschluss v. 2.5.2012, 2 BvL 5/10, *Ruhegehaltssatz*. – BVerfGE 131, 20 (46 *f.*); BGH, Beschluss v. 15.4.2008, 5 StR 635/07. – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt) 52, 213 (216 *f.*); BVerwG, Urteil v. 22.10.2009, 1 C 26.08. – BVerwGE 135, 137 Rdn. 14; M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 142.

sind vielmehr trotz Verstoßes ihres Inhalts gegen das Gesetz regelmäßig zunächst wirksam, unterliegen allerdings der Anfechtung durch die in ihren subjektiven Rechten Verletzten, die ggf. zur behördlichen oder gerichtlichen Aufhebung führt. Unterbleibt die nur befristet mögliche Anfechtung, werden rechtswidrige Verwaltungsakte sogar bestandskräftig, sind ggf. mit ihrem gesetzwidrigen Inhalt endgültig für die Betroffenen verbindlich. Die Verwaltung behält zwar die Möglichkeit, ihren Gesetzesverstoß zu korrigieren, kann aber nur in Ausnahmefällen dazu gezwungen werden.

Sind bei Erlass eines Verwaltungsaktes Vorschriften über die Zuständigkeit, das Verfahren oder die Form verletzt worden, hat ein solcher Verstoß gegen Verhaltensanforderungen der Verwaltung nicht begriffsnotwendig zur Folge, dass neben dem Verwaltungshandeln als solchem auch der resultierende Verwaltungsakt selbst, also das Produkt des Verwaltungshandelns, deswegen als rechtswidrig qualifiziert wird.[*18] Diese sog. formelle Rechtswidrigkeit tritt vielmehr nur ein, soweit ein Gesetz dies wegen des Gesetzesverstoßes bei Erlass des Verwaltungsaktes vorsieht. Der Vorrang des Gesetzes selbst gibt weder dies noch die weiteren Konsequenzen solcher Rechtswidrigkeit im Hinblick auf Heilungs- bzw. ausgeschlossene Anfechtungsmöglichkeiten[*19] von Verfassungs wegen vor.

Öffentlich-rechtliche Verträge sind bei inhaltlicher Rechtswidrigkeit nicht stets, sondern nur im Rahmen des § 59 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) nichtig; dieser geht zwar deutlich weiter als der enge § 44 VwVfG beim Verwaltungsakt, doch fehlt es für die nicht erfassten Fälle an der flankierenden Anfechtungsmöglichkeit des Vertragspartners. Dieses Defizit wird freilich durch dessen Mitwirkung am Vertragsschluss[*20] wohl hinreichend kompensiert.

Der Vorrang des formellen Gesetzes vor den untergesetzlichen, von der Verwaltung erlassenen materiellen Gesetzen ist unabhängig von Art. 20 Abs. 3 GG durch die im Grundgesetz angelegte Normenhierarchie sichergestellt.

Über den Vorrang des Gesetzes hinaus führt die rechtsstaatliche Notwendigkeit, von gesetzwidrigem Verwaltungshandeln in ihren Rechten verletzten Personen dadurch eingetretene Schäden zu ersetzen.[*21] Dafür kennt das Grundgesetz nur die unzulängliche Haftung des Staates für Amtspflichtverletzungen seiner Beamten nach Art. 34 GG;[*22] ob weitergehende Rechtsfolgen bei Untätigbleiben des Gesetzgebers unmittelbar aus dem Verfassungsrecht folgen, ist fraglich.[*23] Derzeit behilft man sich daher mit vom Ende des 18.Jahrhunderts stammenden, angeblichen Gewohnheitsrechtssätzen zur Aufopferung.[*24]

c) Zum Vorbehalt des Gesetzes

Durch den Vorbehalt des Gesetzes sind bestimmte Entscheidungen der Gesetzgebung ‚vorbehalten', damit der Verwaltung verboten, wenn sie nicht durch Gesetz vom Verbot freigestellt und zum Handeln ermächtigt wird. Der überkommene Anwendungsbereich des Vorbehalts sind seit dem 19. Jahrhundert Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Bürgers; verstanden als Chiffre für die gesamte individuelle Rechtssphäre des Bürgers ist dies bis heute der zentrale Gegenstand des Vorbehalts.[*25] Dadurch ist für die gesamte Eingriffs-

18 M. Sachs. § 31: Verfahrensfehler im Verwaltungsverfahren. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen. 2. Aufl. München: Beck 2012, Rdn. 73 *ff.*; M. Sachs. Zur formellen Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten. – Verwaltungsarchiv (VerwArch) 2006, S. 577 *ff.*

19 Vgl. §§ 45, 46 VwVfG und dazu M. Sachs. § 31: Verfahrensfehler im Verwaltungsverfahren. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 17), Rdn. 46.

20 Nach dem Grundsatz ‚volenti non fit iniuria', dazu nur OVG Niedersachsen, Urteil v. 12.7.2001, 10 L 3954/99. – Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl) 2001, 316 (317); M. Sachs. ‚Volenti non fit iniuria'. – VerwArch 1985, S. 412 *ff.*

21 Vgl. M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 111 m.w.N.

22 Das am 26. Juni 1981 erlassene und zum 1. Januar 1982 in Kraft getretene ‚Staatshaftungsgesetz' wurde sehr bald wegen Mangels der Gesetzgebungskompetenz für nichtig erklärt, vgl. BVerfG, Urteil v. 19.10.1982, 2 BvF 1/81, *Staatshaftungsgesetz*. – BVerfGE 61, 149 *ff.*; die 1994 geschaffene Bundesgesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG ist bis heute nicht genutzt worden.

23 Dagegen etwa M. Sachs (Fn. 2), vor Art. 1 Rdn. 42 und Art. 20 Rdn. 111 jeweils m.w.N.

24 L. Osterloh. § 55: Kompensation der Folgen rechtmäßigen Hoheitshandelns. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten. 2. Aufl. München: Beck 2013, Rdn. 48 *ff.*; W. Kluth. – H. J. Wolff, O. Bachof, R. Stober, W. Kluth (Hrsg.). Verwaltungsrecht II. 7. Aufl. München: Beck 2010, § 72 Rdn. 75 *ff.*; H. Maurer (Fn. 6), § 28 Rdn. 1 *ff.*

25 Darüber hinaus wird der Vorbehalt auf andere (vor allem für die Grundrechte) ‚wesentliche' Regelungen erstreckt, vgl. dazu nur M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 116 *ff.*

verwaltung, für jedes den Bürger belastende Verwaltungshandeln, eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Ausreichend dafür ist jedes, auch nur materielle Gesetz; die durch Demokratie und Gewaltenteilung gebotene maßgebliche Rückführung auf das formelle Gesetz ist dadurch sichergestellt, dass untergesetzliche Rechtsnormen (Verordnungen, aber in der Sache auch Satzungen) nur aufgrund einer hinreichend bestimmten formell-gesetzlichen Ermächtigung ergehen dürfen.

2. Kontrollen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Rechtliche Garantien sind im Ernstfall nur so viel wert wie ihre Kontrolle. Dies gilt auch und gerade für die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

a) Objektive Kontrollmechanismen

Eine besondere Institution, die – wie wohl der Justizkanzler in Estland nach Art. 139 *ff.* der Verfassung – umfassend die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sichern hätte, gibt es in Deutschland nicht. Insbesondere ist der Bundesrechnungshof nach Art. 114 GG nur in Bezug auf die Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung (auch) zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit berufen, nicht aber in Bezug auf das gesamte Verwaltungshandeln.[*26] Nur partikulare Kontrollaufgaben haben verfassungsrechtlich vorgesehene Beauftragte[*27] wie der Wehrbeauftragte nach Art. 45b GG[*28], der Datenschutzbeauftragte, wie ihn etwa Art. 77a der Verfassung Nordrhein-Westfalens vorsieht,[*29] oder der Bürgerbeauftragte nach Art. 36 der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern.

Im Übrigen gehört zur verfassungsrechtlichen Aufgabe der Mitglieder der Regierungen in Bund und Ländern, ihren jeweiligen Geschäftsbereich zu leiten,[*30] insbesondere die Aufsicht in rechtlicher Hinsicht.[*31] Für die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder ist die Aufsicht jedenfalls über deren Rechtmäßigkeit in Art. 84 Abs. 3, 4 und Art. 85 Abs. 4 GG ausdrücklich angesprochen. Die grundsätzlich lückenlose Rechtsaufsicht über staatliche Behörden wie über selbständige Verwaltungsträger, auch solche mit Selbstverwaltung, ist ein Gebot rechtsstaatlicher Organisation.[*32]

b) Garantie des Rechtswegs gegen die öffentliche Gewalt

Neben diesen objektiven Sicherungen und ungeachtet des Beitrags, den auch das Petitionsgrundrecht des Art. 17 GG leisten kann, ist von zentraler Bedeutung die in Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Möglichkeit, gegen die öffentliche Gewalt, und das heißt hier jedenfalls im Kern: gegen die Verwaltung,[*33] den Rechtsweg zu beschreiten, also unabhängige Gerichte anzurufen. Dieses Recht steht aber – unbeschadet weitergehender Möglichkeiten, die das Gesetz eröffnen kann und ggf. kraft Unionsrechts eröffnen muss – nur denjenigen zu, die die Verletzung ihrer eigenen individuellen Rechte geltend machen können. Die Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung tritt nur reflexweise ein; das eigentliche Anliegen der Rechtsweggarantie ist der Schutz der subjektiven Rechte betroffener Personen. Soweit diese nicht zumal als Grundrechte von Verfassungs wegen bestehen, liegt ihre Reichweite allerdings in der Hand des Gesetzgebers, der die Verwaltung rechtlichen Bindungen unterwerfen kann, ohne entsprechende Individualrechte zu begründen.[*34]

---

26 H. Siekmann. – M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 2), Art. 114 Rdn. 13, 28.

27 Dazu allgemein P. J. Tettinger. § 111 Die Beauftragten. – J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen. 3. Aufl. Heidelberg: Müller 2007.

28 Er ist nach Satz 1 der Bestimmung insbesondere zum ‚Schutz der Grundrechte' (nach der gesetzlichen Regelung des Näheren in § 1 Abs. 3 Satz 1 Wehrbeauftragtengesetz: der Grundrechte der Soldaten) bestellt.

29 Nach § 22 Abs. 1 Datenschutzgesetz (DSG) NRW „überwacht [er] die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz bei den öffentlichen Stellen."

30 S. nur Art. 65 Satz 2 GG und Art. 55 Abs. 2 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen.

31 S. Schiedermair. § 48 Selbstkontrollen der Verwaltung. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 17), Rdn. 23.

32 M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 161 m.w.N.

33 Zur umstrittenen Reichweite der Rechtsweggarantie gegenüber Gesetzgebung und Rechtsprechung s. nur *Ibid.,* Art. 19 Rdn. 120 *ff.* m.w.N.

34 Dazu und zur dafür maßgeblichen Schutznormlehre nur *Ibid.,* Art. 19 Rdn. 129 *ff.* m.w.N.

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat den Art. 19 Abs. 4 GG in viele Richtungen zu einer Garantie auch effektiven Rechtsschutzes ausgebaut. Einzelheiten sind hier nicht zu referieren.[*35] Erwähnt sei mit Blick auf die Bedeutung für das Verwaltungshandeln nur, dass die Kontrolle grundsätzlich in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht umfassend sein muss,[*36] dass es Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren in Bezug auf Begründung und Dokumentation mit Blick auf die Durchführbarkeit der Gerichtskontrolle geben kann[*37] und dass die Verwaltung mit Behinderungen ihres Wirkens durch Verfahren des einstweiligen und des vorläufigen Rechtsschutzes rechnen muss.[*38]

3. Allgemeine inhaltliche Anforderungen an das Verwaltungshandeln

Der Rechtsstaat erschöpft sich unter dem Grundgesetz nicht in den überkommenen formellen Garantien von Gesetzmäßigkeit und Gerichtsschutz, sondern enthält auch materielle, inhaltliche Elemente.

a) Gerechtigkeit

Zu den allgemeinen inhaltlichen Vorgaben gehört zum einen die Bindung an fundamentale Anforderungen der Gerechtigkeit. Sie kann neben anderen Aspekten in der Bindung der Rechtsanwendung an Gesetz und Recht gesehen werden,[*39] im Rahmen verfassungsgemäßer Gesetze wird sie allerdings im Wesentlichen als Leitgedanke der Gesetzesanwendung bedeutsam.

b) Verhältnismäßigkeit

Der heute praktisch überragend wichtige Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist in einigen neueren Landesverfassungen explizit angesprochen,[*40] für das Grundgesetz unabhängig von einer Stütze im Wortlaut durch die Verfassungsrechtsprechung als gegenüber der gesamten Staatsgewalt von Verfassungs wegen wirksames Element der Rechtsstaatlichkeit entwickelt worden.[*41] Schon gegenüber den Gesetzen, ggf. auch im Wege verfassungskonformer Auslegung, wirksam, erlangt der Grundsatz unmittelbare Bedeutung für die Verwaltung nur, soweit diese gesetzesfrei handelt oder im Rahmen der Gesetzesanwendung über Spielräume verfügt. Dann muss die Verwaltung die Aspekte der Eignung, der Erforderlichkeit und der Proportionalität der von ihr zur Erreichung ihrer legitimen Ziele eingesetzten Mittel unabhängig von diesbezüglichen besonderen Gesetzen beachten.

c) Vertrauensschutz

Der Vertrauensschutz tritt im Grundgesetz zumal im Verbot der Bestrafung bei ex post facto gesetzlich bestimmter Strafbarkeit, Art. 103 Abs. 2 GG (nulla poena sine lege praevia), hervor,[*42] auch den Strafklageverbrauch nach Art. 103 Abs. 3 GG (ne bis in idem) kann man dem Vertrauensschutz verpflichtet sehen.[*43]

Weitergehend ist der Schutz individuellen Vertrauens gegenüber dem Staatshandeln als subjektive Kehrseite des objektiven Anliegens der Rechtssicherheit ganz allgemein ein Element des Rechtsstaatsprinzips. Seine genaue Reichweite gegenüber der Verwaltung festzulegen, ist insbesondere im Konflikt mit

35 Dazu nur *Ibid.,* Art. 19 Rdn. 143 *ff.* m.w.N.

36 *Ibid.,* Art. 19 Rdn. 145 m.w.N.

37 *Ibid.,* Art. 19 Rdn. 143a m.w.N.

38 *Ibid.,* Art. 19 Rdn. 148 *ff.* m.w.N.

39 *Ibid.,* Art. 20 Rdn. 103.

40 Vgl. nach der Wiedervereinigung Art. 5 II 1, 23 II Verfassung des Landes Brandenburg; Art. 20 II 1 Verfassung des Landes Sachsen Anhalt; Art. 42 IV 1 Verfassung des Freistaats Thüringen.

41 S. schon BVerfG, Urteil v. 3.6.1954, 1 BvR 183/54, *Zulassung politischer Parteien zur Landtagswahl.* – BVerfGE 3, 383 (399); ständige Rechtsprechung seit BVerfG, Urteil v. 11.6.1958, 1 BvR 596/56, *Apotheken.* – BVerfGE 7, 377 (405, 407 *f.*); vgl. etwa Beschluss v. 9.3.1994, 2 BvL 43/92, *Cannabis.* – BVerfGE 90, 145 (173).

42 S. etwa C. Degenhart. – M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 2), Art. 103 Rdn. 54 m.w.N.

43 Dafür ausdrücklich etwa G. Nolte. – H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (Hrsg.). Kommentar zum Grundgesetz . Bd. 3. 6. Aufl. München: Vahlen 2010, Art. 103 Rdn. 179 m.w.N.

anderen Anliegen der Verfassung, zumal dem der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Gesetzgebung überlassen. Diese hat insbesondere den Widerruf und die Rücknahme von begünstigenden Verwaltungsakten Einschränkungen mit Rücksicht auf den Vertrauensschutz unterworfen (vgl. §§ 48, 49 VwVfG); doch kann in diesem Bereich ergänzend[*44] wie auch in anderen Zusammenhängen[*45] der Schutz von Vertrauen auch verfassungs-unmittelbar durchgreifen.

4. Vorgaben für Organisation und Verfahren der Verwaltung

Aus dem Rechtsstaatsprinzip werden auch Vorgaben für Organisation (zu a) und Verfahren (zu b) der Verwaltung abgeleitet.

a) Organisatorische Anforderungen

Schon erwähnt wurde, dass die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch Strukturen der Rechtsaufsicht gesichert werden muss (oben zu 2 a). Dies gilt nicht nur innerhalb der staatlichen Behördenhierarchie und gegenüber verselbständigten Trägern öffentlicher Verwaltung, sondern muss auch beim Einsatz privatrechtlicher Organisationsformen durchgreifen.[*46] Eine Flucht ins Privatrecht vor den besonderen Anforderungen an das Verhalten der öffentlichen Gewalt darf es auch jenseits der Grundrechtsbindung nicht geben.[*47]

Ferner lässt sich der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG zugunsten eines durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG geprägten öffentlichen Dienstes jedenfalls auch als rechtsstaatliche Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung lesen. Der besondere Status der Lebenszeitbeamten gibt diesen – ähnlich der persönlichen Unabhängigkeit der Richter – eine Basis, sich auch gegenüber Anmutungen von Vorgesetzten oder gleich der politischen Führung für eine gesetzestreue Aufgabenwahrnehmung zu entscheiden.[*48] Auch das Gebot der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG kann man als (freilich in der Praxis bis heute kaum effektives) Mittel gegen Parteienpatronage im öffentlichen Dienst[*49] hierher zählen.

Bedeutsam für die Verwaltung ist schließlich das in Art. 33 Abs. 5 GG verankerte Streikverbot der Beamten,[*50] das allerdings ins Blickfeld des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte geraten ist.[*51] Daher könnte zumindest seine uneingeschränkte Fortgeltung in Frage gestellt sein.

---

44 M. Sachs. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 13), § 48 Rdn. 182 *ff.*

45 Vgl. zur Möglichkeit einer auf Vertrauensschutz gegründeten Selbstbindung der Verwaltung M. Sachs. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 13), § 40 Rdn. 104; zur zugunsten der Betroffenen durchgreifenden Verwirkung behördlicher Rechte *Ibid.*, § 53 Rdn. 21 *ff.*

46 S. Schiedermair. § 48 Selbstkontrollen der Verwaltung. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 17), Rdn. 47; H. Dreier. Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Tübingen: Mohr Siebeck 1991, S. 252 *ff.*

47 BVerfG, Urteil v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06, *Fraport*. – BVerfGE 128, 226 (245); BGH, Urteil v. 17.06.2003, XI ZR 195/02. – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 155, 166 (175 *f.*); M. Burgi. § 18 Rechtsregime. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 6), Rdn. 45 *ff.*; W. Hoffmann-Riem. § 33 Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen. – *Ibid.*, Rdn. 110 *ff.*; H. Maurer (Fn. 6), § 3 Rdn. 26.

48 BVerfG, Beschluss v. 3.7.1985, 2 BvL 16/82, *Schulleiterfunktion*. – BVerfGE 70, 251 (267); Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 26.10.2004, Vf. 15-VII-01. – NVwZ-RR 2005, 830 (831); P. Badura. – T. Maunz, G. Dürig (Begründer). Grundgesetz. München: Beck (Losebl.-Ausg.), Art. 33 (2010) Rdn. 67.

49 M. Sachs. – K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. IV/2: Die einzelnen Grundrechte. München: Beck 2011, S. 1844; W. Höfling. – W. Kahl, C. Waldhoff, C. Walter (Hrsg.) (Fn. 15), Art. 33 Abs. 1 bis 3 (2007) Rdn. 146 *ff.*

50 U. Battis. – M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 2), Art. 33 Rdn. 71; H. Lecheler. § 110 Der öffentliche Dienst. – J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.) (Fn. 4), Rdn. 43.

51 Vgl. namentlich Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Urteil v. 21.4.2009, 68959/01. – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2010, 1423 *ff.*; demgegenüber OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 7.3.2012, 3d A 317/11.O. – NVwZ 2012, 890 *ff.*; zur Problematik ferner etwa H.-W. Laubinger. – M. Breuer, A. Epiney, A. Haratsch, S. Schmahl, N. Weiß (Hrsg.). Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot 2013, S. 1141 *ff.*; T. Hebeler. Noch einmal: Gibt es ein Streikrecht für Beamte? – Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2012, S. 325 *ff.*; C. Traulsen. Das Beamtenstreikverbot zwischen Menschenrechtskonvention und Grundgesetz. – Juristenzeitung (JZ) 2013, S. 65 *ff.* – DOI: http://dx.doi.org/10.1628/002268813X13560134286993

b) Anforderungen an das Verwaltungsverfahren

Zu rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verwaltungsverfahren wurde bereits auf die Vorwirkungen hingewiesen, die sich mit Rücksicht auf eine möglicherweise nachfolgende gerichtliche Überprüfung ergeben. Darüber hinaus sind rechtsstaatliche Desiderate wie Sicherungen der Neutralität der befassten Amtswalter, die Gewährung von Gehör vor Eingriffen der Verwaltung oder die Begründung von Verwaltungsakten zu nennen, die heute in den Verwaltungsverfahrensgesetzen verankert sind, ohne dass die Reichweite ihrer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit im Einzelnen klar wäre.*[52] Aus dem Wesen rechtsstaatlicher Planung wird das auch verfahrensbezogene Gebot einer umfassenden Abwägung abgeleitet.*[53]

Die Frage der Relativierung von Verfahrensfehlern wurde schon angesprochen.*[54] Dahingehende Regelungen stehen zwar nicht in Widerspruch zum Vorrang des Gesetzes, weil Verfahrensfehler überhaupt nur dann die sog. formelle Rechtswidrigkeit des inhaltlich nicht gesetzwidrigen Verwaltungsaktes begründen, wenn eine negative Rechtsanerkennungsnorm die Rechtswidrigkeit als Rechtsfolge der Verfahrensfehler besonders anordnet.*[55] Dies ist im Falle absoluter Verfahrensfehler stets der Fall, im Übrigen nach den überkommenen Rechtsprechungsgrundsätzen nur dann, wenn der Verfahrensfehler den Inhalt der Verwaltungsentscheidung beeinflusst haben kann.*[56] Doch bleibt diese Folgenlosigkeit von Verfahrensfehlern für die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ebenso bedenklich wie die bei Rechtswidrigkeit verbleibenden Möglichkeiten der Heilung noch im Gerichtsverfahren und des Ausschlusses des Aufhebungsanspruchs nach §§ 45, 46 VwVfG, solange auch keine anderen wirksamen Sanktionen an die Rechtswidrigkeit geknüpft sind.*[57]

III. Grundrechtliche Determinanten öffentlicher Verwaltung

Auch die Grundrechte sind für die öffentliche Verwaltung von großer Bedeutung; Art. 1 Abs. 3 spricht die Bindung der vollziehenden Gewalt (also auch der Regierung und des Militärs) an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht ausdrücklich aus. Während den Grundrechten im ausgehenden 19. Jahrhundert unmittelbare Rechtsgeltung*[58] gerade für die Verwaltung beigemessen wurde, ist dies inzwischen nur noch in Grenzen der Fall.

Wichtigster Adressat der Grundrechtsbindung ist heute die Gesetzgebung. Sie schafft dem Verwaltungshandeln Raum gegenüber dem Vorbehalt des Gesetzes und damit gegenüber den Grundrechten als Abwehrrechten, muss aber selbst den Grundrechten genügen. Soweit der Grundrechtsbindung entsprechende Gesetze das Verwaltungshandeln in der Sache wie in Organisation und Verfahren abschließend determinieren, bleibt die unmittelbare Grundrechtsbindung der Verwaltung weithin ohne selbständige Bedeutung.*[59] Immerhin können die Grundrechte in diesem Bereich die verfassungsorientierte, ggf. verfassungskonforme Auslegung*[60] der Gesetze gebieten, die dann primär von der Verwaltung zu leisten ist.

Unmittelbar bedeutsam für die Verwaltung bleiben die Grundrechte aber vor allem, wo das Gesetz dem Verwaltungshandeln Spielräume lässt. Namentlich hat die Verwaltung das ihr eingeräumte Ermessen unter Berücksichtigung grundrechtlicher Vorgaben auszufüllen, namentlich Rücksicht zu nehmen auf

---

52 Vgl. nur M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 165. Zu von einzelnen Verwaltungsverfahren unabhängigen Informationsrechten s. unten zu Fn. 69.

53 Zuletzt BVerwG, Urteil v. 10.10.2012, 6 C 36/11. – BVerwGE 144, 284 Rdn. 41 m.w.N., auch zur materiellen Seite.

54 Oben zu 1 a.

55 Näher M. Sachs. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 13), § 45 Rdn. 6; M. Sachs. – VerwArch 2006, S. 578 *ff.* m.w.N.; auch M. Sachs. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 17), § 31 Rdn. 24 *ff.*

56 Vgl. zu den allein die Rechtswidrigkeit begründenden wesentlichen Verfahrensfehlern M. Sachs. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 13), § 45 Rdn. 117 *ff.* m.w.N.

57 M. Sachs. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 17), § 31 Rdn. 113 *ff.*

58 Im Gegensatz zu auf die Gesetzgebung zielenden programmatischen Grundrechtsgehalten; dazu K. Stern (Fn. 13), S. 1182 *ff.*; M. Sachs. – K. Stern (Fn. 48), S. 481 *ff.* jeweils m.w.N.

59 Während in diesem Bereich die Beachtung der Gesetze eine Verletzung der Grundrechte ausschließt, bleibt eine Verletzung des Gleichheitssatzes möglich, wenn in Parallelfällen gesetzwidrig gehandelt wurde. Zu dieser unter der Chiffre von dem vielfach zu pauschal geleugneten Recht auf Gleichheit im Unrecht behandelten Problematik vgl. *Ibid.*, S. 1591 *ff.*

60 Zu diesen von verfassungsrechtlichen Einflüssen bestimmten Auslegungsformen vgl. nur M. Sachs (Fn. 2), Einf. Rdn. 52 *ff.*

grundrechtlich geschützte Interessen Betroffener und die stets angesprochenen Gleichheitsgrundrechte zu beachten. Aus diesen kann sich eine Selbstbindung der Verwaltung an ihre bisherige Übung ergeben, die allerdings Umstellungen der Praxis für die Zukunft nicht ausschließt. Ähnliches gilt im Falle von Beurteilungsspielräumen im Rahmen gesetzlicher Tatbestände.*[61]

Die Grundrechte behalten ihre Bedeutung auch, wenn die Verwaltung in privatrechtlichen Organisationsformen tätig wird; eine Flucht vor der Grundrechtsbindung ist auf diesem Wege nicht möglich.

IV. Demokratische Determinanten öffentlicher Verwaltung

Das Demokratieprinzip entfaltet seine Bedeutung für die Verwaltung in inhaltlicher Hinsicht maßgeblich durch die schon als Rechtsstaatselement behandelte Bindung an das Gesetz, das seinerseits unmittelbar oder zumindest mittelbar auf den Willen des Volkes zurückzuführen ist. Soweit das Gesetz Spielräume lässt, wird durch den hierarchischen Aufbau der Verwaltung sichergestellt, dass die ihrerseits dem jeweiligen Parlament verantwortliche Regierung die Entscheidungsinhalte determinieren kann.*[62]

Neben dieser inhaltlichen demokratischen Legitimation wird dem Grundgesetz die Notwendigkeit personeller demokratischer Legitimation entnommen, die im Rahmen der staatlichen Verwaltungen dadurch sichergestellt wird, dass die in der Verwaltung tätigen Personen durch die Regierungsmitglieder für ihr jeweiliges Ressort bestellt werden. Die Minister werden ihrerseits unmittelbar von der Volksvertretung gewählt oder durch den so gewählten Regierungschef bestimmt.

Problematisch sind demgegenüber sog. ministerialfreie Räume, also Bereiche, die dem Weisungsrecht der Regierung und damit deren Verantwortung gegenüber der Volksvertretung entzogen sind.*[63] Soweit sie nicht verfassungsrechtlich besonders legitimiert sind, wie etwa öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten durch die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG*[64] oder auf Landesebene verfassungsrechtlich verankerte unabhängige Datenschutzbeauftragte,*[65] begegnen sie Bedenken. Nach Unionsrecht vorgesehene unabhängige Stellen dürften allerdings kraft dessen Anwendungsvorrangs trotz mangelnder demokratischer Legitimation als zulässig angesehen werden.*[66]

Probleme mit der demokratischen Legitimation bestehen auch bei der Selbstverwaltung: Diese ist allerdings auf der kommunalen Ebene mit der insoweit in Art. 28 Abs. 2 GG vorgeschriebenen Volksvertretung als Sonderform orts-demokratischer Legitimation verfassungsrechtlich gut ableitbar. In den zahlreichen Fällen nur gesetzlich begründeter funktionaler Selbstverwaltung durch Beteiligte eines Lebensbereichs – von den Kammern freier Berufe über Sozialversicherungsträger oder Universitäten*[67] bis zu

---

61 Zum ganzen nur M. Sachs. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 13), § 40 Rdn. 165 *ff.*

62 H. Dreier (Fn. 3), Art. 20 (Demokratie) Rdn. 124; H. Dreier (Fn. 45), S. 129 *ff.*, 141 *ff.*; F. Kirchhof. – T. Maunz, G. Dürig (Begründer) (Fn. 47), Art. 83 (2009) Rdn. 58 *f.*

63 BVerfG, Urteil v. 27.4.1959, 2 BvF 2/58, *Bremer Personalvertretung*. – BVerfGE 9, 268 (282); M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 41; K. Stern. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung. München: Beck 1980, S. 790 *f.*; H. Dreier (Fn. 3), Art. 20 (Demokratie) Rdn. 126 *f.*; B. Grzeszick. – T. Maunz, G. Dürig (Begründer) (Fn. 47), Art. 20 II (2010) Rdn. 196 *ff.*; E. Klein. Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes. Berlin: Duncker & Humblot 1974.

64 M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 41; F. Kirchhof. – T. Maunz, G. Dürig (Begründer) (Fn. 47), Art. 83 (2009) Rdn. 28 *f.*

65 Wie nach Art. 77a Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen. Allerdings unterliegen Regelungen der Landesverfassungen über das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG den Grundsätzen des insbesondere demokratischen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes, die aber bei eng begrenzte punktuelle Abweichungen dieser Art nicht verletzt sein dürften; vgl. zur ‚eingeschränkten Regelungsdichte' des Homogenitätsprinzips M. Nierhaus. – M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 2), Art. 28 Rdn. 10-12. Das Bundesverfassungsgericht scheint unabhängige Datenschutzbeauftragte geradezu für verfassungsrechtlich notwendig zu halten, vgl. BVerfG, Urteil v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a., *Volkszählung*. – BVerfGE 65, 1 (46); BverfG, Urteil v. 2.3.2010, 1 BvR 256/08 u.a., *Vorratsdatenspeicherung*. – BVerfGE 125, 260 (327).

66 Dies gilt jedenfalls, solange nicht geradezu das durch Art. 23 Abs. 1 Satz 3, Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Demokratieprinzip als solches berührt würde, vgl. allgemein BVerfG, Urteil v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08 u.a., *Lissabon-Vertrag*. – BVerfGE 123, 267 (356 *ff.*); zur Unberührbarkeit der geschützten Grundsätze M. Sachs (Fn. 2), Art. 79 Rdn. 32 *ff.*

67 Für diese bestehen zum Teil landesverfassungsrechtliche Sonderregelungen zugunsten ihrer Selbstverwaltung, so etwa in Art. 16 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen.

Wasserverbänden – ist es hingegen nicht immer unproblematisch, das notwendige Maß an demokratischer Legitimation festzustellen.[*68]

Eine Notwendigkeit plebiszitärer Einwirkungsmöglichkeiten auf die Verwaltung, wie sie gesetzlich auf kommunaler Ebene vorgesehen sind, sind jedenfalls nach dem Grundgesetz und der Landesverfassung Nordrhein-Westfalen nicht gefordert. Auch die zuletzt in das Verwaltungsverfahrensgesetz (§ 25 Abs. 3) aufgenommene erweiterte Beteiligung der (betroffenen) Öffentlichkeit ist nicht vom Demokratieprinzip geboten. Dagegen wird die Öffentlichkeit des Staats- und insbesondere Verwaltungshandelns als Element von Demokratie angesehen, was wegen privater und öffentlicher Interessen notwendiger Geheimhaltung nicht entgegensteht;[*69] inzwischen ist dieses Anliegen in Informationsfreiheitsgesetzen auf Bundes- und Landesebene aufgegriffen worden.[*70]

Auch unter demokratischem Blickwinkel anzusprechen sind schließlich Formen formeller Privatisierung öffentlicher Verwaltung; diese dürfen nicht dazu führen, dass das Verwaltungshandeln dem maßgeblichen Einfluss der dem Parlament verantwortlichen Regierung bzw. der legitimierten kommunalen Leitungsorgane entzogen wird.[*71]

V. Schlussbemerkung

Insgesamt lässt sich danach festhalten, dass die öffentliche Verwaltung in Deutschland heute in hohem Maße durch das Verfassungsrecht bestimmt ist. Abgesehen von den spezifisch bundesstaatlichen Determinanten sind es zumal Elemente des Rechtsstaatsprinzips und die Grundrechte, nur begrenzt auch das Demokratieprinzip, die für den Aufbau der öffentlichen Verwaltung und ihr Tätigwerden von ganz fundamentaler Bedeutung sind, zumeist allerdings vermittelt durch die verfassungsgemäßen Gesetze. In diesem Sinne trifft Fritz Werners Ansatz von 1959, ‚Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht'[*72] zu verstehen, zu.

Die gern damit konfrontierte Aussage Otto Mayers von 1924, ‚Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht',[*73] mag nach 1919 gestimmt haben; schon nach 1933 (dazu wurde gestern berichtet), dann nach 1949, zuletzt nach 1989 mit der Ablösung des sowjetisch installierten kommunistischen Systems für die Deutsche Demokratische Republik (DDR) und die aus ihr hervorgegangenen Länder sowie aufgrund der Einflüsse des Unionsrecht hat sich aber auch das Verwaltungsrecht mit den angesprochenen verfassungsrechtlichen Umwälzungen[*74] maßgeblich fortentwickelt.

Trotz allen Wandels gibt es aber in Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht doch eine allerdings nicht ununterbrochene Kontinuität; denn seit dem 19. Jahrhundert fortdauerndes rechtsstaatliches Urgestein, zumal die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der auch gegen sie eröffnete gerichtliche Rechtsschutz, gehört auch heute zu den zentralen verfassungsrechtlichen Determinanten der öffentlichen Verwaltung in Deutschland.

---

68 Vgl. zu den nicht stets einheitlichen Maßstäben der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur nur M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 44a; ablehnend zu abweichenden Legitimationsmodellen zuletzt etwa B. Grzeszick. Die Voraussetzungen demokratischer Legitimation der Verwaltung und deren Konzeptualisierung in der Verfassungsrechtsdogmatik. – M. Anderheiden u.a. (Hrsg.). Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger. Tübingen: Mohr Siebeck 2013, S. 601 *ff*.

69 Vgl. allgemein nur M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 18 m.w.N.

70 Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund nur F. Schoch. Informationsfreiheitsgesetz. München: Beck 2009, Einl. Rdn. 6 *ff*.

71 M. Sachs (Fn. 2), Art. 20 Rdn. 39 m.w.N.

72 DVBl. 1959, S. 527 *ff*.

73 O. Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I. 3. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblot 1924, Vorwort S. VI.

74 Die Veränderungen aufgrund des Unionsrechts, wenngleich nicht selbst verfassungsrechtlicher Natur, sind durch verfassungsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes zumindest ermöglicht worden.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.06

Ulrich Ramsauer

Prof. Dr. iur.
Universität Hamburg

Abgrenzung von Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung

I. Einführung: Historische Entwicklung von Verwaltungsakt und Rechtsnorm

In den siebziger Jahren gab es in Deutschland erhebliche Auseinandersetzungen um die Einordnung von Verkehrszeichen. Der bayerische Verwaltungsgerichtshof wollte seinerzeit die in der deutschen Straßenverkehrsordnung[*1] vorgesehenen und auf dieser Grundlage erlassenen Straßenverkehrszeichen als Rechtsverordnungen behandeln, was zur Folge gehabt hätte, dass eine Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht nach § 42 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) gegen Verkehrszeichen nicht zulässig gewesen wäre. Das Bundesverwaltungsgericht entschied anders und ordnete die Verkehrszeichen als Verwaltungsakte in Form von Allgemeinverfügungen (§ 35 Satz 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)) ein mit der Folge, dass Verkehrszeichen in Deutschland heute von allen Verkehrsteilnehmern mit der Anfechtungsklage angefochten werden können.[*2]

Im Übrigen ist es um die Allgemeinverfügung in Deutschland eher still geblieben; es gibt aus neuerer Zeit[*3] vergleichsweise wenige wissenschaftliche Abhandlungen, die sich mit den Problemen der Allgemeinverfügung befassen.[*4] In der Praxis macht die Abgrenzung von Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung in Deutschland nur in wenigen speziellen Fallgestaltungen Schwierigkeiten.[*5] Dies liegt vor allem an den

---

1 Straßenverkehrsordnung (StVG) in der Fassung vom (i.d.F.v.) 6.3.2013. – Bundesgesetzblatt (BGBl.) I. 367, als Rechtsverordnung erlassen auf der Grundlage von § 6 StVG.

2 Einzelheiten zur Anfechtbarkeit und den zu beachtenden Fristen bei F. O. Kopp, U. Ramsauer. Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG. Kommentar. 14. Aufl. München: Beck 2013, § 35 Rdn. 173 *ff*.

3 Von den älteren Veröffentlichungen sind erwähnenswert D. Volkmar. Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt. Berlin: Duncker & Humblot 1962, S. 203; U. Triebel. Probleme der Begriffsbestimmung. Kiel: Univ. Diss. 1978, S. 10; C. Schäfer. Benutzungsregelung gemeindlicher Einrichtungen auf der Grundlage des § 35 S. 2 3. Alt. VwVfG. Frankfurt a. Main: Lang 1986; T. Jaag. Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt. Zürich: Schulthess 1985.

4 H.-W. Laubinger. Das „Endiviensalat-Urteil" – eine Fehlentscheidung? Zum Begriff der Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung. – Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBlBW) 1987, S. 361; K. Obermayer. Das Dilemma der Regelung des Einzelfalls nach dem VwVfG. – Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1980, S. 2386; F. Schoch. Die Allgemeinverfügung (§ 35 Satz 2 VwVfG). – Juristische Ausbildung (Jura) 2012, S. 26; S. Wandschneider. Die Allgemeinverfügung in Rechtsdogmatik und Rechtspraxis. Frankfurt a. Main: Lang 2009.

5 Vgl. etwa die – wegen Aufhebung der Bestimmungen inzwischen erledigten – Streitigkeiten um die Einordnung des. Smog-Alarms, der Bekanntmachung der austauscharmen Wetterlage nach § 40 Abs. 1 Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (BImSchG) a.F. oder um die Einordnung der Bekanntgabe der Unterschreitung der Mehrwegquote nach § 9 Abs. 2 Satz 2 Verpackungsverordnung

im deutschen Verfassungsrecht entwickelten klaren formalen Konturen des Begriffs der Rechtsverordnung (s. unten IV.); die Konturen der Allgemeinverfügung sind demgegenüber trotz ihrer Legaldefinition in den Verwaltungsverfahrensgesetzen (§ 35 VwVfG und entsprechende Länderregelungen) und mancher Bemühungen in der Wissenschaft nach wie vor verwaschen.

Intensivere Diskussionen um die Abgrenzung von Rechtsverordnungen auf der einen und Allgemeinverfügungen auf der anderen Seite wurden in Deutschland im ausgehenden 19. Jahrhundert geführt, in der Zeit also, in der die Fundamente des modernen Verwaltungsrechts gelegt wurden. Sie waren seinerzeit Teil der auch aus machtpolitischen Gründen kontrovers geführten Diskussion um den Gesetzesbegriff.[*6] Aus dieser Zeit stammt auch der von Richard Thoma[*7] geprägte Begriff der Allgemeinverfügung. Es erscheint deshalb sinnvoll, zu Beginn der Überlegungen einen Blick auf die historische Entwicklung der Problematik zu werfen.

1. Ausgangspunkte: Abstrakt-generelle Normen und individuell-konkrete Verfügungen

Im ausgehenden 19. Jahrhundert bestand die Notwendigkeit, zwischen dem Gesetzesbegriff auf der einen und dem Begriff der Verwaltungsverfügung auf der anderen Seite eine begrifflich-systematische Unterscheidung zu treffen. Der Erlass förmlicher Gesetze war nach den Verfassungen des 19. Jahrhunderts den Parlamenten vorbehalten, während alle anderen Formen hoheitlichen Handels der Exekutive und damit den herrschenden Fürsten vorbehalten blieben. Da das Parlamentsgesetz auf abstrakt-generelle Eingriffe in Freiheit und Eigentum beschränkt, bedeutete dies zugleich auch eine Begrenzung seiner Macht gegenüber der Exekutive, die nur bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum[*8] der Ermächtigung durch ein Parlamentsgesetz bedurfte,[*9] im übrigen durch Verwaltungsverfügungen gleichsam autonom konnte, soweit sie damit nicht gegen die Bestimmungen von Parlamentsgesetzen verstieß.[*10] Diese Abgrenzung entspricht der klassischen Gewaltenteilung: Die Legislative erlässt abstrakt-generelle Rechtsnormen, die Exekutive vollzieht diese mit individuell-konkreten Einzelakten entsprechend den gesetzlichen Vorgaben. In der Realität legislativen und exekutiven Handelns wurde diese klare begriffliche Trennung nicht durchgehalten. Es bildeten sich verschiedene Mischformen. Das materielle Gesetz galt (und gilt noch heute) freilich nach wie vor als Inbegriff einer abstrakt-generellen Regelung, also als Regelung für eine unbestimmte Zahl von Personen und zugleich eine unbestimmte Anzahl von Fallgestaltungen. Der Verwaltungsakt dagegen galt (und gilt noch heute) als das klassische Instrument zur Umsetzung der der gesetzlichen Vorgaben im Einzelfall und damit als eine auf individuelle und zugleich konkrete Einzelfälle beschränkte Handlungsform.[*11] Ein individueller Einzelfall liegt vor, wenn einzelne Personen verpflichtet werden, ein konkreter Einzelfall liegt vor, wenn die Verpflichtung sich auf bestimmte einzelne Anlässe bezieht.

> **Beispiele:** Abstrakt-generell ist die Regelung in den Landesbauordnungen, wonach, wer eine bauliche Anlage errichten will, der Genehmigung durch die zuständige Behörde bedarf und einen Anspruch auf die Baugenehmigung hat, wenn sein Vorhaben allen einschlägigen Vorschriften entspricht. Individuell-konkret ist dagegen die in Umsetzung dieser Vorschrift erlassene Baugenehmigung: Der Bauherr B erhält die Erlaubnis, nach Maßgabe des Genehmigungsantrags die geplante bauliche Anlage zu errichten.

(VerpackVO) – Dosenpfand-Regelung; vgl. hierzu Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil v. 16.1.2003, 7 C 31.02. – Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 117, 322 (326).

6 H. Maurer. Allgemeines Verwaltungsrecht. 17. Aufl. München: Beck 2009, § 4 Rdn. 14; vgl. auch G. Jellinek. Gesetz und Verordnung. Tübingen: Mohr 1919 (unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1887), S. 226 *ff.*

7 R. Thoma. Der Polizeibefehl im Badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage. Tübingen: Mohr 1906.

8 Der Eingriffsbegriff wurde seinerzeit noch sehr eng verstanden, vgl. nur U. Ramsauer. Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums. Duncker & Humblot: Berlin 1980, S. 130 *ff.*

9 Sog. Vorbehalt des Gesetzes, vgl. hierzu D. Ehlers. – H. U. Erichsen, D. Ehlers (Hrsg.). Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Aufl. Berlin: de Gruyter 2010, § 2 Rdn. 40. – DOI: http://dx.doi.org/10.1515/9783899498509.

10 Sog. Vorrang des Gesetzes, vgl. *Ibid.*, § 2 Rdn. 39.

11 Zusammenfassende Darstellung bei M. Engert. Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt. Frankfurt a. Main: Lang 2002, S. 117 mit weiteren Nachweisen (m.w.N).

2. Individuell-abstrakte Regelungen durch Verwaltungsakte

Eine Beschränkung exekutivischen Handelns auf individuell-konkrete Maßnahmen wird den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht.. Eine effektive Verwaltung muss beispielsweise Verfügungen erlassen können, die dauerhaft wirksam bleiben. Das gilt sowohl für Genehmigungen als auch für Verbotsverfügungen. Schon früh anerkannt war deshalb der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, der den Adressaten unter bestimmten Voraussetzungen dauerhaft etwas erlaubt, gebietet oder verbietet.

> **Beispiele:** Einem Gastwirt wird auf seinen Antrag hin der Betrieb einer Gaststätte (z.B. eines Restaurants) erlaubt. Diese Erlaubnis gilt vom Zeitpunkt der Bekanntgabe an solange, bis der Gastwirt den Betrieb der Gaststätte aufgibt. Wenn die Erlaubnis nicht ausnahmsweise befristet wird, gilt sie also für die Zukunft weiter. Es handelt sich um einen Dauer-VA. Gleiches gilt für Untersagungsverfügungen: Dem Kaufmann wird untersagt, selbständig ein Ladengeschäft zu betreiben, weil er sich als unzuverlässig erwiesen hat.[*12] Dieses Verbot wirkt aber vom Zeitpunkt der Bekanntgabe des Verwaltungsakts dauerhaft, d.h. solange, bis es wieder aufgehoben wird. Auch Gebote mit Dauerwirkung sind nicht selten: Ein Steuerpflichtiger wird durch VA verpflichtet, jeweils zum Beginn eines jeden Monats Einkommensteuervorauszahlungen in einer bestimmten Höhe zu leisten.

Mit den beschriebenen Maßnahmen werden zwar jeweils individuelle Einzelfallregelungen getroffen, also Regelungen gegenüber bestimmten einzelnen Adressaten. Da sie aber jeweils Dauercharakter haben, also die Rechte und Pflichten für einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum dauerhaft oder wiederkehrend zu bestimmten festen Zeitpunkten festlegen, handelt es sich um individuell-abstrakte Regelungen. Derartige Regelungen wurden von Anfang an auch als Verwaltungsverfügungen (bzw. als Verwaltungsakte) anerkannt und als Mittel des Gesetzesvollzugs zugelassen. .[*13] Für die Erfüllung des Einzelfallerfordernisses reicht hier der individuelle Bezug der Regelung auf einzelne bestimmte Personen.

3. Generell-konkrete Regelungen

Unabhängig davon wurde in der Verwaltung aber auch die Notwendigkeit gesehen, anlassbezogen gegenüber einer Vielzahl von Personen gleichzeitig eine etwa zur Gefahrenabwehr erforderliche Regelung zu treffen. In diesen Fällen wird die Regelung zwar als Reaktion auf einen konkreten Anlass, etwa eine konkrete Gefahrensituation, aber gegenüber einer Vielzahl von Personen getroffen. Steht die Zahl der von der Regelung betroffenen Personen bei Erlass der Verfügung namentlich fest, kann also von vornherein oder im Nachhinein festgestellt werden, wer zu dem Personenkreis gehört, der von der Anordnung betroffen ist, spricht man von nicht von Allgemein- sondern von Sammelverfügungen.

> **Beispiele:** Eine Verfügung richtet sich „an alle Eigentümer einer bestimmten Straße". Sie werden verpflichtet, ihre Grundstücke an das gerade errichtete Schmutzwassersiel anzuschließen. Oder: Durch Megaphon wird die Anordnung getroffen, dass alle im Stadion befindlichen Personen aufgefordert werden, das Stadion zu räumen. Hier handelt es sich jeweils um Verwaltungsakte.

Problematischer dagegen ist die Konstellation, in der eine Verfügung aus einem konkreten Anlass an eine im Erlasszeitpunkt noch unbestimmte Zahl von Personen gerichtet wird. In diesem Fall wird auf die Individualität der Regelung praktisch verzichtet. Das Einzelfallerfordernis kann dann nur noch durch die Konkretheit der Regelung erfüllt werden. Dies wurde als ausreichend angesehen, wenn der Anlass ein sehr konkreter ist, der sich vor allem zeitlich auf eine bestimmte Situation begrenzen lässt.[*14] Insoweit sah man die VA-Qualität noch als erfüllt an. Hierfür prägte Thoma später den Begriff der Allgemeinverfügung.[*15] Dabei stellte sich allerdings die Frage, ob sich bei einem Verzicht auf die Bestimmtheit des Personenkreises noch

---

12 Derartige Gewerbeuntersagungen können in Deutschland auf der Grundlage des § 35 Gewerbeordnung (GewO) erlassen werden.

13 Vgl. nur M. Ruffert. – H. U. Erichsen, D. Ehlers (Hrsg.) (Fn. 9), § 21 Rdn. 34 m.w.N.

14 Hierzu plastisch R. Thoma (Fn. 7), S. 65, der für die Rechtsverordnung verlangt, dass sie sich auf bestimmte „gedachte" Fallkonstellationen beziehen soll, während die Polizeiverfügung sich auf die Bekämpfung einer konkreten Gefahrensituation richtet.

15 *Ibid*., S. 356 *ff*.

eine Abgrenzung zum Bereich der abstrakt-generellen Regelungen durch Rechtsnormen finden lässt.[*16] Es lassen sich praktisch keine generell-konkreten Regelungen denken, weil Regelungen, die eine unbestimmte Zahl von Personen erfassen, notwendigerweise nicht (ganz) konkret sein können, sondern stets zugleich eine unbestimmte Vielzahl von Fällen betreffen.[*17]

4. Abstrakt-generelle Gesetze und Einzelfallgesetze

Umgekehrt blieb es auch im Hinblick auf den Gesetzesbegriff nicht bei der systematisch begründeten, letztlich aber auch machtpolitisch motivierten Beschränkung gesetzlicher Bestimmungen auf abstrakt-generelle Regelungen. Es zeigte sich, dass es nicht möglich war, die Kompetenz des Gesetzgebers zur Normsetzung allein aus systematischen Gründen auf abstrakt-generelle Regelungen zu beschränken. Ein vom Parlament in einem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassenes Gesetz mit einem individuell-konkreten Inhalt bleibt doch ein Gesetz, jedenfalls im förmlichen Sinn. Ob der Gesetzgeber ein Gesetz mit einem individuell-konkreten Inhalt erlassen darf, ist heute keine Frage der Handlungslehre mehr, sondern des übergeordneten Verfassungsrechts. Bereits zur Wende zum 20. Jahrhundert setzte sich die Auffassung durch, dass die Gesetzgebung nicht von vornherein auf abstrakt-generelle Regelungen beschränkt sei, sondern auch Einzelfallgesetze erlassen werden können, also Gesetze, die sich auf bestimmte Personen oder einen bestimmbaren Personenkreis beziehen,[*18] soweit das materielle Verfassungsrecht das nicht ausschließt.

II. Wandlungen der Handlungsformenlehre

1. Stadium der logisch-systematischen Handlungsformenlehre

Die Entwicklung der Handlungsformenlehre in Deutschland war Folge der staatsrechtlichen Situation in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die eine Abgrenzung der Kompetenzen von Volksvertretungen auf der einen und der monarchisch geprägten Exekutive auf der anderen Seite erforderte. Da sich die Kompetenzen der Volksvertretungen im Wesentlichen auf die Mitwirkung an der Gesetzgebung beschränkten, stand der Begriff des Gesetzes im Mittelpunkt. Ziel war die Entwicklung von Kriterien zur trennscharfen Abgrenzung der verschiedenen in der Praxis auftretenden Maßnahmen und eine die eindeutige Zuordnung zu einer der Kategorien der Handlungsformen. Die Handlungsformenlehre sollte ein Raster bereitstellen, das es ermöglichen sollte, administrative Maßnahmen nach begrifflichen Kriterien und unabhängig von ihrem konkreten Regelungsinhalt einer einzigen Handlungskategorie zuzuordnen.[*19] Dieses Ziel erklärt die erheblichen begrifflichen und definitorischen Bemühungen der damaligen Zeit, in der es für die Verwaltung noch keine ordnenden Verfahrensgesetze gab. Die Lücke, die sich wegen des Fehlens gesetzlicher Regelungen auftat, wurde zu einem wesentlichen Teil von der in der Wissenschaft entwickelten Systematik und Rechtsdogmatik geschlossen. Dadurch entstand der Eindruck eines quasi-normativen Charakters der Systematik der Handlungsformen.

2. Gesetzgeberische Bestimmung der Handlungsformen

Thoma[*20] stellte als einer der ersten die These von der logisch-begrifflichen Unterscheidbarkeit von Verwaltungsakt und Rechtsverordnung ernsthaft in Frage. Er ging von einer möglichen Parallelität beider Rechtsinstitute aus, weshalb – ganz im Sinn der modernen Handlungsformenlehre – der gesetzgeberischen

16 *Ibid*., S. 52.

17 H. Maurer (Fn. 6), § 9 Rdn. 17.

18 S. die Entwicklung der Auffassung R. v. Ihering. Zweck im Recht. 1. Aufl. Leipzig: Breitkopf & Härtel 1877, S. 331; anders 2. Aufl. 1884, S. 344; ferner E. Loening. Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig: Breitkopf und Härtel 1884, S. 226; O. v. Sarwey. Allgemeines Verwaltungsrecht. Tübingen: Mohr 1884, S. 9; H. Rosin. Polizeiverordnung in Preußen. 2. Aufl. 1895, S. 8.

19 Besonders plastisch D. Ehlers. – H. U. Erichsen, D. Ehlers (Hrsg.) (Fn. 9), § 2 Rdn. 35, wonach zwischen materiellen Gesetzen, die notwendigerweise einen abstrakt-generellen Inhalt haben, und formellen Gesetzen zu unterscheiden ist.

20 R. Thoma (Fn. 7), S. 52 *ff*.

Entscheidung über die Rechtsform maßgebliche Bedeutung zukommen müsse. Von manchen unbemerkt[*21] veränderten sich in Deutschland spätestens in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts Funktionen und Bedeutung der Handlungsformenlehre. Die Merkmale „abstrakt-generell" und individuell-konkret" traten als Kriterien der begrifflichen Einordnung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen oder Verwaltungsakten in den Hintergrund; es kommt heute vielmehr darauf an, ob eine Regelung im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren in der Form eines Gesetzes oder auf der Grundlage einer speziellen Verordnungsermächtigung in der Form einer Rechtsverordnung erlassen worden ist..[*22] Ein Gesetz verliert danach seinen Rechtscharakter als Gesetz nicht deshalb, weil es keine abstrakt-generellen Regelungen oder weil es Regelungen nur für den Innenbereich der Verwaltung enthält. Gleiches gilt für Rechtsverordnungen und Satzungen. Inzwischen ist allgemein anerkannt,

- dass der Gesetzgeber an die Kategorien der Handlungsformenlehre nicht gebunden ist, sondern die von ihm eingeführten Instrumente im Rahmen des jeweils beachtlichen Verfassungsrechts eigenmächtig zuordnen kann,
- dass es keinen numerus clausus der Handlungsformen (mehr) gibt, sondern neben den klassischen weitere Handlungsformen *sui generis* existieren oder entwickelt werden können,
- dass sich das Postulat trennscharfer logisch-systematischer Abgrenzung von Handlungsformen nicht aufrechterhalten lässt, weil in materieller Hinsicht Überschneidungen möglich sind.

Mit der vom Gesetzgeber oder vom Verordnungsgeber implizit vorgenommenen Einordnung einer Maßnahme in eine der Kategorien der Handlungsformen werden die Weichen[*23] für die dazugehörigen Rechtsfolgeregelungen gestellt: Ist entschieden, dass eine bestimmte Maßnahme als Verwaltungsakt anzusehen ist, dann folgt daraus regelmäßig automatisch, welche Verfahrensvorschriften einzuhalten waren, welche Verbindlichkeit sie hat und auf welche Weise Rechtsschutz gewährt werden kann. Auch für die Rechtsverordnung gilt, dass ihr Erlass an bestimmte Vorschriften geknüpft ist, die eingehalten werden müssen, auch wenn im Fachrecht nicht selten darüber hinaus für bestimmte Rechtsverordnungen zusätzliche Anforderungen an das Verfahren usw. gestellt werden können und müssen.

> **Beispiel:** So enthält Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG das sog. Zitiergebot, wonach in einer Rechtsverordnung zwingend die Ermächtigungsgrundlage angegeben werden muss, auf welche die Rechtsverordnung gestützt werden soll. Nach Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG werden Rechtsverordnungen von der Stelle, die sie erlässt, ausgefertigt und vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung im Bundesgesetzblatte verkündet. Für Naturschutzverordnungen beispielsweise stellt das Landesrecht zusätzliche Anforderungen an das Verfahren auf, wie etwa ein Auslegungs- und Einwendungsverfahren (vgl. § 11 Hamburgisches Naturschutzgesetz).

3. Keine Bindung des Gesetzgebers an die Kategorien der Handlungsformenlehre

Der Gesetzgeber ist heute bei der Bestimmung von administrativen Maßnahmen nicht an logisch-systematische Kriterien oder an andere materielle Vorgaben der Rechtsformenlehre gebunden. Er kann – vorbehaltlich der unten behandelten verfassungsrechtlichen oder sonstigen höherrangigen Vorschriften – den von ihm vorgesehenen Maßnahmen vielmehr diejenige Handlungsform zuweisen, die er für die geeignete hält. Ob es sinnvoll ist, in diesem Zusammenhang bei Gesetzen, Rechtsverordnungen oder Satzungen, die nur einzelne Fälle regeln, von „nur formellen" Gesetzen, „nur formellen" Rechtsverordnungen oder „nur

[21] Auch bei H. Maurer (Fn. 6), § 9 Rdn. 21, findet sich noch die Bemerkung, der Qualifizierung von Maßnahmen als Hoheitsakte *sui generis* stehe entgegen, dass das geltende Recht nur bestimmte Rechtsformen zur Verfügung stelle. Siehe dagegen bereits R. Thoma (Fn. 7), S. 375.

[22] Heute allgemeine Auffassung, vgl. BVerwG, Urteil v. 30.6.2005, 7 C 26/04. – BVerwGE 124, 47 (50); VGH Mannheim, Urteil v. 12.8.2004, 6 S 1126/04. – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport (NVwZ-RR) 2005, 243; VG Karlsruhe, Beschluss v. 18.10.2004, 10 K 2205/04. – NVwZ 2005, 112; VG Würzburg, Urteil v. 9.11.2004, 4 K 04.948. – NVwZ 2005, 471; U. Stelkens. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.). Verwaltungsverfahrensgesetz. München: Beck 2014, § 35 Rdn. 18; A. Emmerich-Fritsche. Kritische Thesen zur Legaldefinition des Verwaltungsakts. – NVwZ 2006, S. 762.

[23] Von einer Speicherfunktion spricht E. Schmidt-Aßmann. Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. 3. Aufl. Berlin: Springer 2006, S. 298.

formellen" Satzungen zu sprechen,[*24] erscheint zweifelhaft, weil daraus weder für die Einordnung noch für die Frage der Verfassungsmäßigkeit irgendetwas folgt. Maßgebend für das anwendbare Verfahrensrecht, die Anfechtbarkeit und die Verbindlichkeit ist nicht, ob die Regelungen abstrakt-genereller oder individuell-konkreter Natur sind, sondern ob sie „als" Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung, also in der für diese Rechtsnormen maßgeblichen Form von den hierfür zuständigen Gremien bzw. Personen erlassen worden sind.

Wenn die Bestimmung der Handlungsformen keine Frage der logisch-systematischen Einordnung, sondern dem Gesetzgeber überlassen ist, führt das allerdings zu einem gewissen Verlust von Systemgerechtigkeit. Dies zeigt sich etwa im Bereich des Planungsrechts, wenn sich neue Planungsinstrumente nicht zuordnen lassen.

> **Beispiele:** Der Bebauungsplan ist nach § 10 Abs. 1 BauGB als Satzung (in Hamburg nach dem Bauleitplanfeststellungsgesetz[*25] als Rechtsverordnung) zu behandeln, obwohl es sich in systematischer Hinsicht ebenso gut um einen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung handeln könnte, wie das etwa bei den Planfeststellungsbeschlüssen (§§ 72 *ff.* VwVfG) der Fall ist.[*26] Raumordnungspläne sind in einigen Bundesländern als Rechtsverordnungen ausgestaltet, in anderen dagegen als Normen ohne generelle[*27] Außenwirkung. Die Ausweisung von Wasserschutzgebieten (§ 51 Abs. 1 Satz 1 WHG) erfolgt durch Rechtsverordnung; bei Schutzgebieten des Naturschutzrechts ist es nach § 22 Abs. 2 BNatSchG Sache des Landesgesetzgebers, über die Form und Verfahren der Ausweisung zu entscheiden.[*28]

4. Verfassungsrechtliche Grenzen bei der Wahl der Handlungsform

a) Verfassungsrechtliche Funktionenordnung

Der Gesetzgeber muss bei der Bestimmung der Handlungsform allerdings darauf achten, dass höherrangiges Recht, insbesondere Verfassungsrecht, nicht verletzt wird. Hierzu gehört zunächst die verfassungsrechtliche Funktionenordnung, die sich aus dem Gewaltenteilungskonzept der Verfassung ergibt.[*29] Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht in einem Fall, in dem der Gesetzgeber die Planung des Abschnitts einer Eisenbahnlinie unmittelbar durch ein Gesetz vorgenommen hatte, aus:[*30]

„Im freiheitlich-demokratischen System des Grundgesetzes fällt dem Parlament als Legislative die verfassungsrechtliche Aufgabe der Normsetzung zu. Nur das Parlament besitzt hierfür die demokratische Legitimation (vgl. BVerfGE 34, 52 (59); 49, 89 (124 *ff.*); 68, 1 (87)). Der Exekutive obliegt die Regierung und die Verwaltung (BVerfGE 30, 1 (28)). Zu ihren Aufgaben gehört die Vollziehung von Gesetzen im Einzelfall, wie sich bereits aus der Bezeichnung „vollziehende Gewalt" in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ergibt (vgl. auch BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (67))".

Nach diesen allgemeinen Formulierungen gelangt das Gericht aber gleichwohl zur Zulässigkeit dieser einzelfallbezogenen Planungsentscheidung über die Eisenbahntrasse. Wörtlich heißt es weiter:

„Dem Grundgesetz kann nicht entnommen werden, dass es von einem Gesetzesbegriff ausgeht, der nur generelle Regelungen zulässt. Dies bestätigen sowohl Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG, der Einzelfallgesetze nicht generell, sondern nur in seinem Gewährleistungsbereich ausschließt, als auch Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG, der dem Gesetzgeber ausdrücklich die Möglichkeit der Enteignung durch Gesetz eröffnet. Mit der

---

24 So etwa D. Ehlers. – Erichsen, D. Ehlers (Hrsg.) (Fn. 9), § 2 Rdn. 35 m.w.N.; H. Pünder. Die exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Bundesrepublik Deutschland. Berlin: Duncker & Humblot 1995, Kap. 1 S. 32 Fn. 86 m.w.N.

25 Gesetz über die Feststellung von Bauleitplänen und ihre Sicherung (Bauleitplanfeststellungsgesetz) in der Fassung vom 30.11.1999. – Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt 1999, S. 271.

26 F. O. Kopp, U. Ramsauer (Fn. 2), § 72 Rdn. 10.

27 Zur Außenwirkung von Raumordnungsplänen im Rahmen von § 35 Abs. 3 Satz 3 Baugesetzbuch s. näher S. Mitschang, O. Reidt. – U. Battis, M. Krautzberger, R.-P. Löhr (Hrsg.). Baugesetzbuch. 12. Aufl. München: Beck 2014, § 35 Rdn. 124.

28 Regelmäßig handelt es sich um Rechtsverordnungen, nur in Nordrhein-Westfalen handelt es sich um Satzungen.

29 Zum Gewaltenteilungskonzept des GG siehe näher U. Ramsauer. – E. Stein u.a. (Hrsg.). Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 3. Aufl. Neuwied: Luchterhand (Losebl.-Ausg.), Art. 80 (2001) Rdn. 10 *ff.*

30 Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss v. 17.7.1996, 2 BvF 2/93, *Südumfahrung Stendal.* – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE) 95, 1 (15 *ff.*).

Planung eines einzelnen Vorhabens greift der Gesetzgeber mithin nicht notwendig in die Funktion ein, die die Verfassung der vollziehenden Gewalt oder der Rechtsprechung vorbehalten hat."

b) Das Verbot von Einzelfallgesetzen

Unabhängig davon, wie man Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG zu verstehen hat, ergibt sich aus der Vorschrift schon ihrem Wortlaut nach kein allgemeines Verbot von Einzelfallgesetzen. Vielmehr heißt es dieser Verfassungsnorm wörtlich:

> „Soweit … ein Grundrecht durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muss dies allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten."

Danach werden „Einzelfallgesetze" nur im grundrechtlichen Gewährleistungsbereich ausgeschlossen. Außerdem wird der Begriff des Einzelfallgesetzes sehr eng verstanden. Ein unzulässiges Einzelfallgesetz liegt danach nicht schon dann vor, wenn das Gesetz nur einen oder wenige Anwendungsfälle hat. Vielmehr wird das Verbot des Einzelfallgesetzes lediglich als Ausprägung des Verbots einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung angesehen. Insoweit folgt aus der weitgehend akzeptierten Rechtsprechung des BVerfG,[*31] dass die Formulierung „muss dies allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten" lediglich eine willkürliche Einzelfallgesetzgebung ausschließen soll. Insoweit handelt es sich um eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG. Gibt es sachliche Gründe dafür, in einem Gesetz nur einen einzigen Fall zu regeln, dann liegt kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG vor. Dies gilt konsequenterweise nicht nur für das Parlamentsgesetz, sondern auch für Rechtsverordnungen,[*32] die sich ja auf eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung stützen müssen, die Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung hinreichend bestimmt.

Auch Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG kann als Beleg herangezogen werden, der dem Gesetzgeber ausdrücklich die Möglichkeit der Enteignung durch Gesetz eröffnet. Von dieser Möglichkeit darf der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG[*33] zwar nur unter engen Voraussetzungen Gebrauch machen, er wird aber nicht durch die Handlungsformenlehre daran gehindert. Vor dem Hintergrund der normativen Handlungsformenlehre sind die beiden hier interessierenden Handlungsformen – Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung – zunächst voneinander getrennt daraufhin zu untersuchen, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit man jeweils getroffene Regelungen der einen oder anderen Handlungskategorie zuordnen kann.

5. Handlungsformen *sui generis*

Wenn der Gesetzgeber bzw. die erlassende Behörde die Rechtsform nicht ausdrücklich durch entsprechende Bezeichnung bestimmt hat und sich aus der Wahl des Verfahrens auch keine Rückschlüsse auf die vom Urheber beabsichtigte Rechtsform ziehen lassen, scheidet eine Zuordnung nach formellen Kriterien ausnahmsweise aus. Dann erst werden die in der Rechtsdogmatik entwickelten materiellen Abgrenzungskriterien relevant. Man wird dann versuchen, die vom Gesetzgeber vorgesehene Maßnahme einer der klassischen Handlungsformen zuzuordnen. Auch dann ist aber denkbar, dass es sich um Hoheitsakte *sui generis* handelt, die sich keiner der geregelten Handlungstypen zwanglos zuordnen lassen.

> **Beispiele:** Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen gem. § 5 TVG (BVerfGE 44, 322 (338); 80, 355 (364)); teilweise die Regionalpläne des Raumordnungsrechts (vgl. BVerwGE 120, 87 (96)).

---

31 BVerfG, Urteil v. 7.5.1969, 2 BvL 15/67, *lex Rheinstahl*. – BVerfGE 25, 371 (399); B. Remmert. – T. Maunz, G. Dürig (Fn. 35), Art. 19 Rdn. 17 *ff.*; ferner D. Krausnick. Grundfälle zu Art. 19 I und II GG. – Juristische Schulung 2007, S. 991, 994 *ff.*

32 H. Pünder (Fn. 32), S. 32 Fn. 86; H. Maurer (Fn. 6), § 13 Rdn. 14; T. v. Danwitz. Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers. Berlin: Duncker & Humblot 1989, S. 193.

33 BVerfG, Beschluss v. 10.5.1977, 1 BvR 514/68 und 1 BvR 323/69, *Hamburger U-Bahn*. – BVerfGE 45, 297 (330) *ff.*; BVerfG, Urteil v. 18.12.1968, 1 BvR 638/64 u.a., *Hamburger Deichordnungsgesetz*. – BVerfGE 24, 367 (396 *ff.*).

Es ist verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten, in solchen Fällen die Maßnahmen einer der klassischen Handlungsformen zuzuordnen. Es gibt keinen numerus clausus der Handlungsformen.[*34] Lässt sich ein Handlungstypus keiner der klassischen Handlungsformen zuordnen, kommt auch eine Einordnung als Handlungsform „*sui generis*" in Betracht. Allerdings muss bei Hoheitsakten *sui generis* jeweils entschieden werden, welche Regeln hinsichtlich des Verfahrens, der Verbindlichkeit und der Anfechtbarkeit gelten sollen. Diese Aufgabe muss ggfs. die Rechtsprechung übernehmen.

> **Beispiele:** So hat die Rechtsprechung die Möglichkeit einer Normenkontrolle von Flächennutzungsplänen mit Konzentrationsflächen angenommen, obwohl es sich bei den Flächennutzungsplänen regulär nicht um Satzungen oder Rechtsverordnungen handelt (BVerwGE 128, 382 (384); 117, 287 (292); 118, 217 (225)). Gleiches gilt auch für die Festlegung von Ziele der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) in solchen Raumordnungsplänen, die nach der landesrechtlichen Ausgestaltung der Raumordnungsplanung keine Rechtsverordnungen sind.

III. Die Allgemeinverfügung

1. Die gesetzliche Definition der Allgemeinverfügung

Als Allgemeinverfügung bezeichnet § 35 Satz 2 VwVfG einen Verwaltungsakt,

> „der sich entweder an einen nach allgemeinen Kriterien bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet (personale Allgemeinverfügung) oder die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache bzw. ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft (dingliche Allgemeinverfügung)."

Damit muss die Allgemeinverfügung zunächst sämtliche Tatbestandsmerkmale eines Verwaltungsakts (§ 35 Satz 1 VwVfG) erfüllen und dann in Bezug auf den Einzelfall den Modifizierungen des § 35 Satz 2 VwVfG genügen. Dabei geht es um eine Modifizierung im Hinblick auf die von der Verfügung betroffenen Adressaten, bei denen es sich um Personenmehrheiten handelt, die zwar bestimmbar sein muss, aber im Zeitpunkt des Erlasses noch nicht individuell feststeht. Diese Modifizierungen werfen sowohl in der ersten Alternative (personale Allgemeinverfügung) als auch in der zweiten (dingliche Allgemeinverfügung) Abgrenzungsprobleme auf, weil insoweit brauchbare Kriterien zur Begrenzung ihres Anwendungsbereichs gesucht werden müssen. Da die Verwaltungsbehörden nur im Rahmen gesetzlicher Ermächtigungen (Delegation oder Autonomie) zum Erlass von Rechtsnormen berechtigt sind, dürfen sie aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht mit Hilfe des Instruments der Allgemeinverfügung abstrakt-generelle Normsetzung betreiben.[*35]

a) Personale Allgemeinverfügung

Als personale Allgemeinverfügung lässt sich nach der gesetzlichen Definition eine (konkrete) hoheitliche Regelung einer Verwaltungsbehörde mit Außenwirkung bezeichnen, die sich an eine nach allgemeinen Kriterien bestimmbare Personenmehrheit richtet und insoweit genereller Natur ist. Dass der Personenkreis bestimmbar sein muss, unterscheidet die personale Allgemeinverfügung nicht prinzipiell von einer Rechtsnorm, die sich jedenfalls typischerweise auch an einen unbestimmten, aber bestimmbaren Adressatenkreises richtet. Was den sachlich-inhaltlichen Anknüpfungspunkt anlangt, wird aber weiterhin die Regelung eines Einzelfalls verlangt, d.h. die personale Allgemeinverfügung muss gegenüber dem betroffenen Personenkreis eine konkrete Regelung treffen. Konkret ist die Regelung dann, wenn sie von den verpflichteten Personen in einer konkreten Situation ein konkretes Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen) verlangt. Die Abgrenzung von hinreichend konkreten von abstrakten Pflichten kann Schwierigkeite machen,weil sie sich typischerweise nicht auf einen ganz konkreten „Augenblick" beziehen, also einen bestimmten Zeitpunkt

---

34 H. J. Wolff u.a. Verwaltungsrecht I. 12. Aufl. München: Beck 2007, § 44 Rdn. 11 *ff.*; P. Krause. Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Berlin: Duncker & Humblot 1974, S. 235; W. Hoffmann-Riem. Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung. – Die Öffentliche Verwaltung 1997, S. 433.

35 F. O. Kopp, U. Ramsauer (Fn. 2), § 35 Rdn. 121; U. Stelkens. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 25), § 35 Rdn. 283.

(dann wäre der Personenkreis nämlich bestimmt), sondern auf einen zwar konkreten Anlass, der sich in der Lebenswirklichkeit über einen gewissen Zeitraum hinziehen kann und damit eine Tendenz zur abstrakten Regelung aufweist. Schon die Beispiele bei Thoma belegen dies, wenn der Anlass für eine konkrete Regelung etwa das Auftreten eines Schädlings in den Weinbergen oder der Ausbruch einer Tierseuche in einem bestimmten Gebiet ist. Aber auch die in neuerer Zeit aufgetretenen Fallkonstellationen zeigen dies deutlich:

> **Beispiele:** Die **Auflösung einer Versammlung**[*36] durch eine per Megaphon bekanntgegebene Verfügung, die akustisch nicht von allen Teilnehmern zur Kenntnis genommen werden kann, gilt auch für diejenigen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt dazu stoßen und erst später Kenntnis erhalten. Das über den Rundfunk bekannt gegebene Verbot, in einem bestimmten räumlichen Einzugsbereich **Endiviensalat** zu verkaufen, gilt für den vorhandenen Salat nicht nur im Augenblick der Bekanntgabe, sondern auch für einen begrenzten weiteren Zeitraum (BVerwGE 12, 87 (89)). Für die Dauer einer bestimmten Veranstaltung wird ein **Versammlungsverbot** erlassen;[*37] Angehörigen einer „Drogenszene" gegenüber wird ein polizeilicher Platzverweis, verbunden mit einem zeitlich befristeten Betretensverbot erlassen (VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 225; NVwZ 2003, 115). Der Erlass eines allgemeinen Fahrverbots wegen Nebels oder aus anderen Gefahrengründen wird ebenfalls als Allgemeinverfügung einzustufen sein.[*38] Problematisch dagegen die Verlängerung der Ladenöffnungszeiten in Hannover für die Dauer der Weltausstellung durch Allgemeinverfügung (nach VG Hannover NVwZ-RR 2001, 307, 309 zulässig).

Um in diesen Fällen noch von einer Verfügung im (konkreten) Einzelfall sprechen zu können, wird man einen zeitlich und räumlich begrenzten Bereich und einen Anlass verlangen müssen, der den Geltungsbereich der Verfügung in beiderlei Hinsicht angemessen begrenzt.[*39] Die Konkretheit der Maßnahme ergibt sich im ersten Beispielsfall aus der Versammlung als eines einzelnen Vorgangs, im zweiten Beispielsfall aus der räumlich und zeitlich konkret aufgetretenen Seuchengefahr. Lässt man den konkreten Anlass in diesen Fällen ausreichen, dann ist es unschädlich, dass die Allgemeinverfügung über einen gewissen Zeitraum in für die einzelnen Betroffenen letztlich doch unterschiedlichen Lebenssituationen Wirkungen auslöst.

Unabhängig von der Frage, ob derartige Allgemeinverfügungen noch hinreichend einzelfallbezogen und damit als Allgemeinverfügung zulässig sind, steht außer Frage, dass in den genannten Fällen auch eine Rechtsverordnung erlassen werden dürfte, wenn hierfür die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung stünde.[*40] Ob in diesen Fallkonstellationen eine Allgemeinverfügung erlassen werden darf, mag im Hinblick auf die Regelung in § 35 Satz 2 VwVfG zweifelhaft sein. Der Gesetzgeber ist indessen nicht gehindert, ebenso wie bei der Rechtsverordnung auch den Bereich der Allgemeinverfügung auszudehnen,[*41] solange damit nicht gegen verfassungsrechtliche Vorgaben, insbesondere gegen das Gewaltenteilungskonzept des Grundgesetzes verstoßen wird.

b) Die dingliche Allgemeinverfügung

Als vergleichsweise weniger problematisch erweisen sich die dinglichen Allgemeinverfügungen, bei denen es um hoheitliche Verfügungen von Verwaltungsbehörden geht, mit denen die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache festgelegt, geändert oder aufgehoben wird oder mit denen die Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit geregelt wird.[*42]

---

36 M. Fehling, B. Kastner, R. Störmer (Hrsg.). Verwaltungsrecht. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2013, § 35 Rdn. 120 mit dem Hinweis darauf, dass der Personenkreis in diesen Fällen im Erlasszeitpunkt noch nicht bestimmbar ist.

37 OVG Greifswald, Beschluss v. 31.5.2007, 3 M 53/07. – NordÖR 2007, 290; OVG Lüneburg, Beschluss v. 6.11.2004, 11 ME 322/04. – NordÖR 2008, 414 (auch in: NVwZ-RR 2005, 820).

38 A. Schmehl, A. Karthaus. Die Verkehrsbeschränkungen bei Ozonsmog nach §§ 40a–40e BImSchG. – NVwZ 1995, S. 1171; U. Stelkens. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 25), § 35 Rdn. 287.

39 Zur räumlich-zeitlichen Begrenzung siehe U. Stelkens. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 25), § 35 Rdn. 284; auf das Kriterium der Geltungsdauer stellt auch Maurer (Fn. 6), § 9 Rdn. 19, ab.

40 Beispiel § 7 Abs. 2 Tierseuchengesetz (TierseuchenG), wonach das zuständige Ministerium bei Gefahr im Verzuge Rechtsverordnungen zur Seuchenbekämpfung ohne vorherige Zustimmung des Bundesrates erlassen kann. Vergleichbare Rechte zum Erlass von Rechtsverordnungen haben die Landesregierungen nach § 7c TierseuchenG. Die Erklärung zum Schutzgebiet nach § 17a TierseuchenG erfolgt nach dem Gesetz dagegen durch Allgemeinverfügung.

41 So etwa bei der Schutzgebietserklärung in § 17a TierseuchenG.

42 Ausführlich G.-H. Gornig. Die sachbezogene hoheitliche Maßnahme. Berlin: Duncker & Humblot 1985, S. 56.

aa) Festlegungen der öffentlichen Eigenschaft einer Sache

Durch Allgemeinverfügung lassen sich auf gesetzlicher Grundlage*[43] bewegliche und unbewegliche Sachen dem Gemeingebrauch oder auch dem Verwaltungsgebrauch widmen. Dabei geht es vor allem um die Möglichkeit, öffentliche Straßen und Wege nach den Straßen- und Wegegesetzen des Bundes und der Länder dem Gemeingebrauch zu widmen (vgl. § 2 FStrG), d.h. sie zu einer öffentlichen Sache werden zu lassen, sie einzustufen und umzustufen usw. Darüber hinaus kommt eine Widmung durch Allgemeinverfügung aber auch bei anderen Sachen in Betracht, etwa bei Wasserflächen, Parkanlangen usw. Durch die Widmung wird in diesen Fällen unmittelbar das Recht der Allgemeinheit oder einer bestimmten Personengruppe begründet, die öffentliche Sache im Rahmen der durch die Widmung definierten Zweckbestimmung der Sache zu nutzen. Teilweise werden auch Organisationsakte, die sich auf die Zweckbestimmung öffentlicher Einrichtungen beziehen, als Allgemeinverfügungen eingestuft.*[44] Häufiger ist indessen wohl der Erlass von Organisationsregelungen durch Rechtsverordnungen oder Satzungen.

bb) Regelung der Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit

Die dritte Alternative des § 35 Satz 2 VwVfG betrifft Verwaltungsakte, durch welche die Benutzung einer (in der Regel unbeweglichen) Sache durch die Allgemeinheit geregelt wird. Erfasst werden auch Fälle, in denen eine Benutzung nur durch einzelne Personengruppen, also nur Teile der Allgemeinheit, vorgesehen wird. Ähnlich wie bei der Festlegung von öffentlichen Eigenschaften von Sachen wird eine unbestimmte, aber bestimmbare Zahl von Personen, nämlich die jeweiligen Nutzer der Sache, von der Regelung betroffen, wobei sich die Konkretheit der Regelung aus der Beschränkung der Regelung auf eine bestimmte Sache ergibt.

> **Beispiele:** In den meisten Fällen handelt es sich um Benutzungsregelungen für kommunale Einrichtungen wie etwa Museen, Schwimmbäder, Bibliotheken, Kindergärten und andere Einrichtungen der Daseinsvorsorge.*[45]

Es steht den Kommunen frei, derartige Regelungen nicht durch Allgemeinverfügung, sondern durch eine kommunale Satzung, also durch eine Rechtsnorm zu treffen. Viele Gemeinden erlassen Benutzungsordnungen für ihre kommunalen Einrichtungen tatsächlich nicht durch Allgemeinverfügungen, sondern durch gemeindliche Satzung (Benutzungssatzung).*[46]

Die Regelung der Benutzung einer Sache durch die Allgemeinheit erfordert aber in jedem Fall eine gesetzliche bzw. eine rechtliche Grundlage, unabhängig davon, ob sie durch eine Allgemeinverfügung oder durch eine Rechtsverordnung oder Satzung erfolgt. Die Ermächtigung zum Erlass von Benutzungssatzungen folgt aus der gemeindlichen Satzungsautonomie, wonach die Gemeinde berechtigt ist, die Benutzung der von ihr betriebenen Einrichtungen durch Satzungen zu regeln.*[47] Die Ermächtigung zum Erlass von Benutzungsregelungen durch Allgemeinverfügungen soll aus dem Gedanken des Hausrechts bzw. der Anstaltsgewalt folgen.*[48] Als Ermächtigung reichen Satzungsgewalt, Hausrecht und Anstaltsgewalt allerdings nur aus, soweit es um gemeindliche Einrichtungen der Daseinsvorsorge geht, nicht im Hinblick auf Einrichtungen mit Zwangscharakter. Nicht ausreichend sind Hausrecht und Anstaltsgewalt, soweit es um die Regelungen im Bereich des Strafvollzugs geht. Insoweit ist eine spezielle gesetzliche Ermächtigung erforderlich, weil es hier nicht um Daseinsvorsorge im Bereich der Selbstverwaltung geht, sondern um Eingriffsverwaltung und Gefahrenabwehr.*[49]

---

43 Umstritten war die Möglichkeit, öffentliche Sachen im Verwaltungsgebrauch auch ohne gesetzliche Grundlage zu widmen (so noch VG Köln, Urteil v. 20.3.1991, 8 K 4501/89. – NJW 1991, 2584; a.A. aber OVG Münster, Urteil v. 25.2.1993, 20 A 1289/91, *Hamburger Stadtsiegel.* – NJW 1993, 2635).

44 So etwa U. Stelkens. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 25), § 35 Rdn. 324 m.w.N.

45 Weitere Beispiele bei F. O. Kopp, U. Ramsauer (Fn. 2), § 35 Rdn. 167.

46 C. Schäfer. Benutzungsregelungen gemeindlicher Einrichtungen. Frankfurt a. Main: Lang 1986; U. Stelkens. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 25), § 35 Rdn. 328; F. O. Kopp, U. Ramsauer (Fn. 2), § 35 Rdn. 167.

47 H. C. Röhl. – F. Schoch (Hrsg.). Besonderes Verwaltungsrecht. 15. Aufl. Berlin: de Gruyter 2013 – DOI: http://dx.doi.org/10.1515/9783110321425; M. Oerder. Grenzen der kommunalen Satzungsautonomie. – NJW 1990, S. 2104.

48 Zur umstrittenen Herleitung der Anstaltsgewalt aus dem Gewohnheitsrecht K. Lange. Die öffentlich-rechtliche Anstalt. – Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (44) 1986, S. 182 m.w.N. auch zu dem Problem der Grundrechtseingriffe.

49 Vgl. E. Gurlit. – H. U. Erichsen, D. Ehlers (Hrsg.) (Fn. 9), § 35 Rdn. 35.

2. Die Rechtsfolgen der Einordnung als Allgemeinverfügung

Für die Allgemeinverfügung gelten sämtliche auch sonst für Verwaltungsakte maßgeblichen Regelungen über Verfahren, Verbindlichkeit und Anfechtbarkeit. Das bedeutet, dass die Allgemeinverfügung grundsätzlich im Rahmen des regulären – formlosen - Verwaltungsverfahrens erlassen wird, dass sie mit ihrer Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit Verbindlichkeit (§ 43 VwVfG) erlangt und dass sie mit Widerspruch (§ 68 VwGO) und Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Für das Verfahren gelten allerdings drei wesentliche Modifizierungen:

- Nach § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG kann von einer Anhörung abgesehen werden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten ist. Insoweit kommt es auf den Inhalt der Allgemeinverfügung und die Umstände an, unter denen sie erlassen werden soll.*[50]
- Nach § 41 Abs. 3 Satz 2 VwVfG darf eine Allgemeinverfügung öffentlich bekannt gegeben werden, wenn eine Bekanntgabe an die Beteiligten untunlich ist. Dies wird wegen der typischerweise unbestimmten Anzahl von betroffenen Personen in der Regel der Fall sein.
- Nach § 39 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG bedarf es im Falle einer öffentlichen Bekanntgabe der Allgemeinverfügung keiner Begründung.

Für Verkehrszeichen, die in Deutschland als Allgemeinverfügungen angesehen werden, gelten im Hinblick auf Bekanntgabe und Anfechtbarkeit besondere Regelungen. So werden Verkehrszeichen mit dem Aufstellen an Ort und Stelle öffentlich, d.h. gegenüber allen Verkehrsteilnehmern bekannt gegeben, wenn sie für die Verkehrsteilnehmer sichtbar sind (Sichtbarkeitsprinzip). Sie können von jedem Verkehrsteilnehmer angefochten werden, für den das Verkehrszeichen in einer konkreten Situation Wirksamkeit entfaltet.

IV. Die Rechtsverordnung

1. Formen exekutiver Normsetzung

In Deutschland haben sich im Wesentlichen drei Formen exekutiver Normsetzung herausgebildet: Die Rechtsverordnung, die Satzung und die Verwaltungsvorschrift. Dies schließt nicht aus, dass es – etwa im Bereich der Planung – auch noch weitere Formen exekutiver Normsetzung „*sui generis*" geben kann, die sich keiner der drei Grundformen zuordnen lassen. Die **Rechtsverordnung** ist verfassungsrechtlich in Art. 80 GG bzw. in den entsprechenden (weitgehend gleichlautenden) Vorschriften der Verfassungen der Länder klar umrissen. Bei dem Erlass von Rechtsverordnungen handelt sich um Normsetzung kraft gesetzlicher Delegation: Erforderlich ist eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß genau umschriebene gesetzliche Ermächtigung von Regierung oder einzelnen Mitgliedern derselben zum Erlass der Rechtsverordnung. Obwohl sie in der Hierarchie der Rechtsnormen unter den Gesetzen stehen, sind Rechtsverordnungen Gesetze im materiellen Sinn; ihre Verbindlichkeit entspricht den förmlichen Gesetzen.

> **Beispiele:** Zu den praktisch wichtigsten Rechtsverordnungen gehören in Deutschland die Straßenverkehrsordnung (StVO), erlassen auf der Grundlage von §§ 5b, 6 StVG, die Baunutzungsverordnung, erlassen auf der Grundlage von § 9a BauGB, sowie die diversen Rechtsverordnungen zur Ausführung des BImSchG.

Satzungen werden von unterstaatlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts (Kommunen, Sozialversicherungsträger, berufsständische Kammern) im Rahmen ihrer Selbstverwaltung kraft Autonomie erlassen: Erforderlich ist hier die Einräumung oder Übertragung von Satzungsautonomie im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltung. Satzungen enthalten i.d.R. Rechtsnormen im materiellen Sinn, die allerdings nur für die der Selbstverwaltung unterworfenen Personen verbindlich sind. Sie müssen sich inhaltlich aber innerhalb der Grenzen gültiger Gesetze und Rechtsverordnungen halten.

> **Beispiele:** Gebühren- und Beitragssatzungen, Satzungen über die Benutzung öffentlicher Einrichtungen, Bebauungspläne der Gemeinden nach § 10 BauGB.

[50] Insoweit ist durchaus ein strenger Maßstab geboten, vgl. F. O. Kopp, U. Ramsauer (Fn. 2), § 28 Rdn. 50; D. Kallerhoff. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 25), § 28 Rdn. 58.

Verwaltungsvorschriften werden entweder innerhalb von Behörden zur Regelung der innerbehördlichen Tätigkeit oder von übergeordneten Behörden gegenüber den untergeordneten Behörden erlassen. Es handelt sich um Normsetzung kraft Hierarchie im Binnenbereich der Verwaltung: Übergeordnete Behörden oder Stellen innerhalb von Behörden können, soweit ihr Direktionsrecht reicht, den untergeordneten gegenüber Verwaltungsvorschriften erlassen. Bei diesen handelt es sich regelmäßig nicht um Rechtsnormen im materiellen Sinn, weil sie nur für die nachgeordneten Behörden und nachgeordnete Mitarbeiter verbindlich sind, regelmäßig aber nicht für den Bürger und die Gerichte.*[51]

2. Begriffsmerkmale der Rechtsverordnung

a) Formelle Voraussetzungen

Als Rechtsverordnungen lassen sich nach deutschem Verfassungsrecht solche Rechtsnormen bezeichnen, die auf der Grundlage einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung und unter ausdrücklicher Ausnutzung dieser Ermächtigung von einem Adressaten der Ermächtigung erlassen werden (Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG). Die Rechtsnorm muss also erstens von einem ermächtigten Adressaten stammen, zweitens erkennen lassen, dass sie auf der Grundlage einer gesetzlichen Verordnungsermächtigung*[52] erlassen wird, drittens ausgefertigt und viertens ordnungsgemäß verkündet werden. Da die Angabe der Rechtsgrundlage Wirksamkeitsvoraussetzung für die Rechtsverordnung ist (sog. Zitiergebot, s. unten), ist in der Praxis sichergestellt, dass sich aus der Rechtsverordnung selbst mit hinreichender Sicherheit ergibt, dass eine Rechtsnorm in Form einer Rechtsverordnung erlassen werden sollte. Weitere Hinweise darauf, dass eine Rechtsverordnung erlassen werden sollte, ergeben sich aus der Ausfertigung und der Verkündung (vgl. Art. 82 Abs. 2 GG).

b) Materielle Voraussetzungen

Auf den materiellen Regelungsinhalt der Rechtsnorm kommt es für die Qualifizierung als Rechtsverordnung grundsätzlich nicht an, wenn in formeller Hinsicht die Voraussetzungen einer Rechtsverordnung vorliegen.*[53] Es ist also nicht erforderlich, dass die Rechtsnorm die Kriterien erfüllt, nach denen herkömmlich über das Vorliegen eines Gesetzes im materiellen Sinn entschieden wird. Wenn sich die Rechtsnorm auf eine gesetzliche Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung stützt, dann ist sie als Rechtsverordnung auch dann zu qualifizieren, wenn und insoweit als sie lediglich Regelungen für den staatlichen Binnenbereich enthält. Es ist also möglich, dass eine Rechtsverordnung lediglich Fragen regelt, für die auch eine Verwaltungsvorschrift ausreichend wäre, sofern sie für sich eine gesetzliche Ermächtigung zum Erlass der Regelungen in Anspruch nimmt.

Die rechtliche Einordnung einer Vorschrift als Rechtsverordnung wird auch nicht dadurch berührt, dass sie keinen abstrakt-generellen Inhalt hat, sondern ganz oder teilweise Regelungen mit individuell-abstrakten oder sogar individuell-konkreten Regelungen trifft. Ein derartiger Inhalt mag hinsichtlich der Rechtmäßigkeit Fragen aufwerfen (s. unten), ändert aber nichts an der Rechtsqualität, sofern es sich um einen Fall der Normsetzung auf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage handelt.

3. Verfassungsrechtliche Grenzen für den Erlass von Rechtsverordnungen

Dass es sich bei einer Rechtsvorschrift begrifflich um eine Rechtsverordnung handelt, bedeutet noch nicht, dass sie auch rechtmäßig und wirksam ist. Hierfür müssen sämtliche formellen Voraussetzungen erfüllt sein; in materieller Hinsicht darf kein Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegen. Anders als bei

---

51 Zu den wenigen Ausnahmen, in denen eine begrenzte Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften angenommen wird, s. J. Ziekow. – H. Sodan, J. Ziekow (Hrsg.). Verwaltungsgerichtsordnung. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2010, § 47 Rdn. 124 *ff*.

52 Da es teilweise auch Ermächtigungen zum Erlass von Verwaltungsvorschriften gibt (vgl. z.B. § 48 BimSchG), ist es von entscheidender Bedeutung, dass das Gesetz gerade zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt.

53 Allg. Meinung, vgl. nur U. Stelkens. – P. Stelkens, H. J. Bonk, M. Sachs (Hrsg.) (Fn. 25), § 35 Rdn. 18 m.w.N.; teilweise wird allerdings unkritisch bei Definitionsversuchen allein auf den materiellen Gehalt abgestellt, was zu Missverständnissen führen kann, wie z.B. bei S. Schnelle. Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen. München: Vahlen 2007, S. 4.

Verwaltungsakten kennt das deutsche Recht grundsätzlich keine Bestandskraft rechtswidriger Rechtsverordnungen. Es gilt vielmehr – jedenfalls im Grundsatz – das sog. Nichtigkeitsdogma: Wenn eine Rechtsverordnung gegen höherrangiges Recht verstößt, ist sie grundsätzlich nichtig.[*54] Allerdings kennt die Rechtsordnung inzwischen diverse Fälle, in denen formelle und materielle Fehler von Rechtsverordnungen geheilt oder sogar unbeachtlich sein können. Hierfür bedarf es aber stets besonderer gesetzlicher Regelungen, die – im Einklang mit Verfassungsrecht – Ausnahmen vom Nichtigkeitsgrundsatz statuieren.

a) Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Der Erlass auf Grundlage einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung ist nicht nur begriffliches Merkmal von Rechtsverordnungen, sondern auch Rechtmäßigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzung. Jede Rechtsverordnung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, in der Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung hinreichend genau bestimmt sind (vgl. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Anderenfalls ist sie – jedenfalls im Grundsatz – nichtig und kann keine Rechtswirkungen erzeugen.

Wegen der besonderen Bedeutung der Ermächtigung ist Voraussetzung für die Geltung einer Rechtsverordnung, dass sie die Ermächtigungsgrundlage ausdrücklich nennt (Zitiergebot, Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG). Eine Rechtsverordnung, in der die gesetzliche Ermächtigung nicht angegeben wird, ist nichtig.[*55] Hinzu kommt, dass nach deutschem Verfassungsrecht der Kreis der Delegatare, also derjenigen Behörden oder Gremien, die zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt werden dürfen, begrenzt ist. Nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG dürfen in Bundesgesetzen nur die Bundesregierung, die Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden. Allerdings sieht die Verfassung in Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG die Möglichkeit einer Subdelegation, also einer Weiterübertragung der Ermächtigung auf andere Stellen, vor. Eine Weiterübertragung bedarf allerdings einer entsprechenden Zulassung im ermächtigenden Gesetz und des Erlasses einer Delegationsverordnung, mit der die Ermächtigung weiterübertragen wird.

Schließlich muss das für den Erlass der Rechtsverordnung vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden sein. Die Verfassung selbst sieht eine Beteiligung der (betroffenen) Öffentlichkeit zwar nicht vor; die gesetzliche Ermächtigung kann aber Vorgaben für das Verfahren zum Erlass einer Rechtsverordnung machen.[*56] In jedem Fall muss ein Beschluss der zum Erlass der Rechtsverordnung ermächtigten Stelle gefasst werden. Ferner muss die Rechtsverordnung ausgefertigt und nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften verkündet werden (Art. 82 Abs. 1 Satz 2 GG).

b) Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Rechtsverordnungen dürfen nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Sie müssen damit nicht nur der gesetzlichen Ermächtigung entsprechen, sondern grundsätzlich auch dem gesamten sonstigen einschlägigen Gesetzesrecht, der Verfassung und ggfs. dem Unionsrecht. Im Folgenden werden nur einige typische verfassungsrechtliche Fragen behandelt.

aa) Verbot von Einzelfallregelungen?

Grundsätzlich können durch Rechtsverordnung auch Einzelfallregelungen getroffen werden. Insoweit gelten dieselben Grundsätze, wie sie oben für Parlamentsgesetze dargestellt worden sind. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG verbietet zwar grundrechtseinschränkende Regelungen, die „nur für den Einzelfall gelten". Damit werden nach deutschem Verfassungsrecht aber abstrakt-generelle Regelungen nicht ausgeschlossen, die einen so engen Anwendungsbereich haben, dass sie de facto nur auf wenige Personen oder sogar nur auf eine einzige Person zur Anwendung kommen. Bei derartigen Regelungen kommt es darauf an, ob darin ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung liegt, ob also die von der Rechtsverordnung erfassten Personen

54 Allg. Meinung, s. nur H. Bethge. – T. Maunz u.a. (Hrsg.). Bundesverfassungsgerichtsgesetz. München: Beck (Losebl.-Ausg.), § 78 (41. EGL, 2013) Rdn. 7.

55 Allg. Meinung und ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfG, Urteil v. 6.7.1999, 2 BvF 3/90. – BVerfGE 101, 1 (41).

56 So geschehen z.B. in § 43 BimSchG (Anhörung der beteiligten Kreise) oder in §§ 1, 3 des Hamburgischen Bauleitplanfeststellungsgesetzes (Öffentlichkeitsbeteiligung). Ebenso nach Landesrecht für den Erlass von Schutzgebietsverordnungen nach dem Bundesnaturschutzgesetz.

ohne rechtfertigenden Grund einer besonderen Regelung unterworfen werden.[*57] Es ist deshalb grundsätzlich möglich, bei Vorliegen sachlicher Gründe Regelungen zu treffen, die de facto nur auf bestimmte Personen zur Anwendung kommen, auch wenn sie namentlich bekannt sein sollten. Das bedeutet, dass Einzelfallregelungen in Gesetzen oder Rechtsverordnungen rechtfertigungsbedürftig sind im Hinblick auf

- die Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG),
- die Vereinbarkeit mit der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG),
- ggfs. die Vereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 3 GG,
- allgemeine Grundsätze der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 1 GG).

Von besonderer Bedeutung ist dabei die Frage, ob mit einer Einzelfallregelung in einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung der Rechtsschutz des Betroffenen ohne rechtfertigenden Grund beschränkt wird. Dabei ist nämlich stets zu berücksichtigen, dass der Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte und Allgemeinverfügen durch die Klage vor den Verwaltungsgerichten regelmäßig einfacher erreichbar ist als der unmittelbare Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen.

> **Beispiel:** So hat das BVerfG[*58] eine Straßenplanung durch ein Parlamentsgesetz zugelassen, weil nach der Wiedervereinigung ein gesteigertes Bedürfnis für eine rasche Verbesserung der Straßeninfrastruktur bestanden habe.

bb) Parlamentsvorbehalt, Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG

Zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Rechtsverordnungen gehört außerdem die Einhaltung des Parlamentsvorbehalts, wonach bestimmte besonders wichtige Regelungen nur durch ein Parlamentsgesetz geregelt werden dürfen. Dies ist in Deutschland Ausdruck der sog. Wesentlichkeitslehre des BVerfG,[*59] wonach das Parlament wichtige Fragen nicht an den Verordnungsgeber delegieren darf sondern selbst entscheiden muss. Es ist allerdings zweifelhaft, ob damit über Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hinausgehende Anforderungen gestellt werden.[*60]

cc) Berücksichtigung eines Verwaltungsvorbehalts?

Teilweise wird gefordert, dass im Zuge der Normsetzung durch Gesetz- und Verordnungsgeber auch auf einen Verwaltungsvorbehalt Rücksicht genommen werden müsse, also auf einen Bereich, der nur der Regelung durch die Exekutiver zugänglich sei. Diese Auffassung hat sich allerdings in Deutschland zu Recht nicht durchgesetzt. Einen der Verwaltung vorbehaltenen eigenen gewissermaßen gesetzesfreien Bereich gibt es grundsätzlich nicht.

IV. Fazit

1. Die Handlungsformenlehre bindet den Gesetzgeber bei der Wahl der gesetzlich vorgesehenen Handlungsformen grundsätzlich nicht. Es steht dem Gesetzgeber vielmehr grundsätzlich frei, ob er Regelungen durch Rechtsverordnung oder durch andere Handlungsformen zulassen will. Insoweit ergeben sich Bindungen nur durch höherrangiges Recht, insbesondere durch Verfassungsrecht.
2. Die Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der sich auf einen Personenkreist bezieht, der bei seinem Erlass noch nicht feststeht. Da Verwaltungsakte nach dem verfassungsrechtlichen Konzept der Gewaltenteilung grundsätzlich nicht abstrakt-genereller Natur sein dürfen, ist der Erlass von Allgemeinverfügungen auf konkrete, d.h. bei Erlass bereits vorliegende Anlässe oder bestehende Sachen beschränkt.

---

57 Allg. Meinung und seit BVerfG, Urteil v. 7.5.1969, 2 BvL 15/67, *lex Rheinstahl.* – BVerfGE 25, 371 (399) ständige Rechtsprechung.

58 BVerfG, Beschluss v. 17.7.1996, 2 BvF 2/93, *Südumfahrung Stendal.* – BVerfGE 95, 1.

59 S.o. Fn. 35.

60 U. Ramsauer. – E. Stein, E. Denninger, W. Hoffmann-Riem (Fn. 33), Art. 80 (2001) Rdn. 16, 59.

3. Eine Allgemeinverfügung ist als Sonderform des Verwaltungsakts grundsätzlich zulässig, wenn der Gesetzgeber eine Ermächtigung für den Erlass von Verwaltungsakten vorsieht. Sie darf sich auf einen unbestimmten, aber bestimmbaren Kreis von Personen beziehen, soweit dies nach Lage der Dinge erforderlich ist, um den erforderlichen Regelungszweck zu erreichen. Für sie gelten im Hinblick auf Anhörung, Begründung und Bekanntgabe besondere Regelungen.
4. Eine Rechtsverordnung ist eine Rechtsnorm, die sich auf eine gesetzliche Verordnungsermächtigung stützt. Dies ist nach deutschem Recht im Normalfall bereits daran erkennbar, dass sie die gesetzliche Ermächtigung ausdrücklich bezeichnet (sog. Zitiergebot). Sie muss im Übrigen in der für Rechtsverordnungen vorgeschriebenen Weise veröffentlicht worden sein. Eine Rechtsverordnung setzt begrifflich nicht voraus, dass die getroffenen Regelungen abstrakt-genereller Natur sind und dass gegenüber dem Bürger materielles Recht gesetzt wird.
5. Die Rechtsverordnung ist nach deutschem Verfassungsrecht nicht zwingend auf abstrakt-generelle Regelungen beschränkt; sie darf vielmehr auch konkrete Regelungen enthalten. Individuelle Regelungen, die Rechte und Pflichten namentlich bezeichneter Personen regeln, sind grundsätzlich nicht zulässig. Verfassungsrechtlich zulässig können aber generell formulierte Regelungen sein, die tatsächlich nur auf wenige individualisierbare Betroffene zur Anwendung kommen.
6. Rechtsverordnungen sind begrifflich auch Bereichen möglich, in denen Regelungen auch durch Allgemeinverfügungen getroffen werden können. Für die Frage, ob Regelungen durch Rechtsverordnung oder Verwaltungsakt (Allgemeinverfügung) getroffen werden können, ist die gesetzliche Grundlage maßgeblich, die allerdings an höherrangigem Recht, insbesondere am Verfassungsrecht gemessen werden muss. Hier spielt auch die Frage eine Rolle, ob durch die Wahl der Rechtsverordnung als Regelungaform der Rechtsschutz der Betroffenen unzumutbar erschwert wird.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.07

Holger Schwemer
Dr., Rechtsanwalt, Hamburg

Reformentwurf für das estnische Verwaltungsrecht (1997–1999)

Zur Vorbereitung seiner Mitgliedschaft in der Europäischen Union begann Estland 1996 mit seinen Vorarbeiten, das allgemeine Verwaltungsrecht und das Gefahrenabwehrrecht auf rechtsstaatlicher Grundlage zu entwickeln und an die Rechtssysteme der Mitgliedsstaaten anzupassen. Das Projekt wurde von der Europäischen Union durch finanzielle und personelle Hilfe unterstützt. Zwischen der EU und der Regierung Estlands bestand Einigkeit, dass die folgenden Ziele für die Reform unabdingbar waren:

- Rechtsstaatliche Ausrichtung des Reformentwurfs, verbunden mit der Garantie eines umfassenden Rechtsschutzes zur Wahrnehmung der subjektiven Rechte der Betroffenen.
- Einfache unüberschaubare rechtliche Ausgestaltung der rechtlichen Systeme, um die Handhabung der Gesetze bei Gerichten und Verwaltung von Anfang an sicherzustellen.
- Gewährleistung von Transparenz und Akzeptanz in demokratischer Verantwortung gegenüber dem Bürger.

Im Januar 1997 legten Prof. Dr. Ulrich Ramsauer (Richter am Oberverwaltungsgericht in Hamburg) und Prof. Dr. Holger Schwemer (Fachanwalt für Verwaltungsrecht) dem Justizministerium eine erste konzeptionelle Übersicht über das geplante Regelungswerk vor.

I. Rahmenbedingungen

Die angestrebten Regelungen hatten strenge Vorgaben zu beachten, die durch die sehr freiheitlich formulierte neue Verfassung von Estland vorgegeben waren. Für die Umsetzung der danach erforderlichen Regelungen war von Anfang an mit erheblichen Konflikten zu rechnen, weil es an jeglicher Kongruenz zwischen der neuen liberalstaatlichen Verfassung und den gewachsenen Verwaltungsstrukturen fehlte. Die damalige Verwaltung war sowjetisch geprägt. Die Gesetze waren generalklauselartig und damit konturenlos formuliert, die Rechtsanwendung hatte sich vom Gesetzeswortlaut weit entfernt. Das Rechtsschutzsystem selbst war im damaligen Zeitpunkt noch im Aufbau.

Die neue Verfassung von Estland[*1] (Verf.) enthält in §§ 8 *ff.* einen umfangreichen Katalog von Grundrechten. Allerdings können die Grundrechte durch oder aufgrund eines (einfachen) Gesetzes eingeschränkt werden, wobei der einschränkende Gesetzgeber – je nach dem betroffenen Grundrecht – unterschiedlich strenge Anforderungen beachten muss. Einige Grundrechte enthalten – bedingt durch die historischen Erfahrungen – besonders weit gehende Anforderungen an das einschränkende Gesetz. Angesichts des

[1] Eesti Vabariigi põhiseadus. – RT 1992, 26, 349.

umfassenden Grundrechtsschutzes stellte die Verfassung somit hohe Anforderungen an den Gesetzgeber bei seinem Anliegen, funktionsfähige Verwaltungsstrukturen einzuführen. Eine effektive Verwaltung kommt ohne Grundrechtseingriffe nicht aus. Der Gesetzgeber muss somit das Verwaltungshandeln an Voraussetzungen binden, die den Grundrechtsschutz sicherstellen und trotzdem die Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen gewährleisten.

Durch § 15 Verf. wird der Rechtsweg garantiert, wenn jemand in seinen Rechten verletzt wird. § 149 der Verf. geht dabei von einem grundsätzlich mehrinstanzlichen Rechtsschutzsystem aus. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind nicht auf den Fall begrenzt, dass sich der umfassende, mehrinstanzliche Rechtsschutz lediglich auf die Abwehr von Eingriffen in die in der Verf. geregelte Freiheitssphäre beschränkt. Wortlaut und Systematik zwingen zu der Auslegung, dass damit alle subjektiven Rechte – insbesondere auch Leistungsrechte auf der Ebene des einfachen Rechts – gemeint sind. Die Nichterfüllung von Leistungs- und Teilhaberechten nimmt somit an der umfassenden Rechtsschutzgarantie teil. Schließlich gilt der Schutz des § 15 Verf. und damit die Garantie des Rechtsschutzes unabhängig von der Qualität staatlichen Handelns: Die Rechtsschutzgarantie greift, wenn durch die Verwaltung Rechte verletzt oder vorenthalten werden – sei es durch zielgerichtetes oder faktisches belastendes Verwaltungshandeln, sei es durch die Nichtvornahme eines Verwaltungshandelns, auf das der Bürger einen Anspruch hat.

Der Schutz subjektiver Rechte im Verwaltungsrechtsverhältnis und ihre gerichtliche Durchsetzbarkeit waren somit aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben für Rechtsakte und für nichtregelndes Verwaltungshandeln gleichermaßen auszugestalten. Eine Einschränkung der Reformgesetze auf bestimmte Handlungsformen der Verwaltung, etwa nur auf den Verwaltungsakt, wie dies in Deutschland nach Inkrafttreten des Grundgesetzes[*2] mangels entsprechender Gesetze lange Jahre der Fall war, verbot sich unter diesen Umständen. Durch die für Estland geplante umfassende Konzeption des Verwaltungsrechtsschutzes werden Rechtsschutzdefizite vermieden, die in der Bundesrepublik bis Anfang der Sechzigerjahre des letzten Jahrhunderts zu erheblichen Frustrationen geführt hatten.

Dabei war aber auch zu berücksichtigen, dass nur begrenzte personelle und finanzielle Ressourcen für die Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes zur Verfügung stehen. Estland ist ein Staat, der ca. 1,3 Mio. Einwohner hat. Bei dieser Zahl musste in Rechnung gestellt werden, dass die Anzahl der Richter und der Amtswalter, die eine rechtsstaatliche Anwendung des sich entwickelnden Verwaltungsrechts sicherstellen können, gering ist. Erschwerend trat in jener Zeit hinzu, dass die Aufgaben und Zuständigkeiten der Behörden ohne eindeutige Abgrenzungen auf eine Fülle von Behörden einschließlich der Kreise als unterer Verwaltungsebene konturenlos verteilt waren. Das Recht zur Gefahrenabwehr lag umfassend bei der Vollzugspolizei, nicht bei den Fachbehörden. Gesetzlich geregelt war in Anlehnung an das sowjetische System vor allem das repressive Recht der Polizei zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Hervorzuheben ist schließlich, dass es in Estland damals wie heute im kommunalen Bereich das System der Selbstverwaltung gibt. Es bestanden damals 254 Gemeinden und Städte, deren Einwohnerzahl zwischen 100 und 0,5 Mio. lag. Die traditionelle Aufgabenwahrnehmung und Stellung der funktionalen und der kommunalen Selbstverwaltung war im Reformentwurf zu berücksichtigen.

II. Ziel der Neuregelungen

Anliegen der Neuregelung war somit eine rechtsstaatliche und transparente Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsverhältnisses unter gleichzeitiger Berücksichtigung der begrenzten Ressourcen in personeller und materieller Hinsicht. Das Anliegen nach Vereinfachung des Verwaltungsrechts war dabei zwingend. Allerdings war zu beachten, dass unter der gebotenen Vereinfachung die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien ebenso wenig wie die Verständlichkeit und damit die Akzeptanz der Regelungen leiden durften.

Auf der Ebene des Verwaltungsverfahrensrechts sollte dies erreicht werden durch eine eindeutige Vorgabe der behördlichen Handlungsformen, mit denen die Verwaltung verbindlich Recht setzen kann. In das Verfahrensrecht waren aber auch die sonstigen Handlungsformen der Verwaltung aufzunehmen. Bestandteil des Verfahrensrechts sollten auch grundsätzliche Aussagen über Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit behördlichen Handelns sein.

[2] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. – Bundesgesetzblatt 1949 I S.1.

Im materiellen Recht – und dies traf in besonderer Weise auf das Recht der Gefahrenabwehr zu – waren Befugnisnormen zu formulieren, die von ihren Voraussetzungen und nach der geregelten Rechtsfolge so eindeutig sind, dass sie sowohl für den rechtsanwendenden Amtswalter als auch für den betroffenen Bürger transparent und kalkulierbar sind. Deshalb musste im Vordergrund des allgemeinen Gefahrenabwehrgesetzes ein übersichtlich geregeltes und entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gestuftes Handlungsinstrumentarium stehen, geknüpft an tatbestandlich eng definierte Voraussetzungen, die inhaltlich die verfassungsrechtlich gebotenen Konturierungen aufweisen.

Den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechend musste auch das gerichtliche Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ausgestaltet werden. Das Verwaltungsgerichtsgesetz hatte der Vorgabe Rechnung zu tragen, dass der Bürger Eingriffe in seine subjektiven Rechte – unabhängig davon, ob die Eingriffe durch Rechtsakt oder durch nichtregelndes Verwaltungshandeln erfolgen – in angemessener Form gerichtlich geltend machen kann: Der Schutz der subjektiven Rechte ist unabhängig von der Qualität des Eingriffs – ein Grundsatz, der durch die estnische Verfassung vorgegeben wird. Gleichermaßen war die Durchsetzung einfachgesetzlicher Leistungsansprüche zu Regeln.

Andererseits ging es aber auch darum, Unzuträglichkeiten zu vermeiden, die mit einer uferlosen Ausweitung des Verwaltungsrechtsschutzes verbunden sein können: Die Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland hatte gezeigt, dass die uneingeschränkte Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach 1960 zu einer zunehmenden Komplizierung des Verwaltungsrechtsverhältnisses geführt hatte. Dies hatte zum einen seine Ursache darin, dass der Umfang der einfachgesetzlich einführbaren subjektiven Rechte stetig zunahm. Komplikationen folgten aber auch daraus, dass die Anerkennung von Schutzansprüchen, die unabhängig von der Qualität und dem Adressaten des Eingriffs gewährt werden und sich allein an der Eingriffswirkung orientieren, zu einer erheblichen Zunahme von Ansprüchen und damit von Klagen geführt hatte. Ein typisches Beispiel für diese Entwicklung sind Klagen bei Maßnahmen mit Drittwirkung, sei es etwa die Abwehr eines Genehmigungsbescheides durch einen Drittbetroffenen oder die Klage auf Einschreiten gegen einen „Störer“ im polizeirechtlichen Sinn.

Der mit der uneingeschränkten Rechtswegeröffnung einhergehenden Ausuferung des Verwaltungsrechtsschutzes ist der Gesetzgeber in der Bundesrepublik in der Vergangenheit mehrfach entgegengetreten. Die Eröffnung des mehrinstanzlichen Rechtsweges ist nur noch in Ausnahmefällen gegeben. Der Gesetzgeber hat den vorläufigen Rechtsschutz bei baurechtlichen Nachbarklagen eingeschränkt. Es gibt zahlreiche Möglichkeiten im Verwaltungsrecht des Bundes und der Länder, nach denen fehlerhaftes Verwaltungshandeln noch während des schwebenden Rechtsschutzverfahrens geheilt werden kann, so dass im Zeitpunkt der Entscheidung durch das Gericht die Klage des einzelnen schließlich dann doch erfolglos bleibt. Ob allerdings die Einschränkungen etwa des Instanzenzuges, die zunehmende Regelung von Ausschlussfristen und die spürbaren Begrenzungen von Rügerechten etwa in Planungsverfahren zur Effektuierung des Rechtsschutzes in der Bundesrepublik führen, ist bis heute nicht absehbar. Auf jeden Fall ist eine derartige Entwicklung mit Frustrationen beim betroffenen Staatsbürger verbunden, weil ihm etwas genommen wird, was er bis zu der einschränkenden Regelung zu seiner Rechtsschutzgarantie gezählt hat.

Die Gegenläufigkeiten zwischen Effektivität des Rechtsschutzes und garantiertem Rechtsschutzbestand sollte durch den Reformentwurf in Estland von vornherein vermieden werden. So bestand 1997 Einigkeit darüber, dass durch eine Optimierung der Aufgabenwahrnehmungen der Behörden und eine eindeutige Typisierung des Verwaltungshandelns unter gleichzeitiger Vereinfachung der Folgen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns der angestrebte Effekt erreicht werden kann. Zusätzlich wurde darüber diskutiert, ob man zur Entlastung der Gerichte und zur Vereinfachung des Verwaltungsrechtsschutzes öffentliche Vergleichsstellen schaffen sollte mit der Folge, die Zahl der gerichtlichen Auseinandersetzungen zu minimieren.

III. Die vorgelegten Gesetzesentwürfe

Diese Ziele sollten mit den Reformgesetzen – einem Verwaltungsorganisationsgesetz, dem Verwaltungsverfahrensgesetz, einem Gefahrenabwehrgesetz, einem Gesetz über die Verwaltungsrechtsverhältnisse und dem Verwaltungsgerichtsgesetz verwirklicht werden.

1. Organisationsrecht

Schon auf der Ebene des Organisationsrechts sollte – so der 1. Eckpunkt – sichergestellt werden, dass es zu einer Optimierung der Aufgabenzuweisungen an die verschiedenen Verwaltungsorgane kommt, die vor allem dem „außenstehenden Bürger" gegenüber übersichtlich und transparent erscheint. Deshalb wurde im Reformentwurf ein Bedürfnis an der Einführung eines überschaubaren Fachbehördensystems erkannt. Allerdings konnte nicht für jede Fachfrage eine neue Fachbehörde geschaffen werden, vielmehr war auch eine Bündelung unterschiedlicher fachspezifischer Fragen bei nur einer Behörde vorzusehen. Für unspezifische, gleichsam unbenannte Aufgaben musste zudem dem traditionell gewachsenen Bedürfnis Rechnung getragen werden, die Kreisverwaltungen als Auffangbehörden mit derartigen Aufgaben zu betrauen.

Zunächst sollte die Entwicklung in der Weise noch offen bleiben, inwieweit solche „allgemeinen Verwaltungsaufgaben" entweder von den Kommunen als übertragene staatliche Aufgabe erledigt werden, oder ob alle allgemeinen staatlichen Aufgaben künftig bei der Kreisverwaltung konzentriert werden sollten.

Im September 1998 wurde der Entwurf eines Landesorganisationsgesetzes (LOG) vorgelegt. Das Gesetz legte zunächst alle Verwaltungsträger fest – das Land, Kreise und Gemeinden sowie Personalkörperschaften der funktionalen Selbstverwaltung einschließlich der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch juristische Personen des Privatrechts.

So lautet § 2 LOG (Verwaltungsträger):

(1) Träger der staatlichen Verwaltung ist das Land.
(2) Träger der örtlichen Selbstverwaltung sind die Städte und die Gemeinden.
(3) Verwaltungsträger sind alle Körperschaften und rechtsfähigen Anstalten, denen einzelne Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch oder aufgrund Gesetzes zugewiesen sind.
(4) Natürliche und juristische Personen des Privatrechts sind Träger öffentlicher Verwaltung, soweit ihnen Aufgaben der Daseinsvorsorge zur Durchführung nach Privatrecht zugewiesen sind. Die Übertragung von Hoheitsgewalt auf Private ist hingegen auf Einzelfälle beschränkt und setzt ein besonderes Gesetz voraus.

Das Gesetz regelte auch die innere Organisation der Verwaltungsträger einschließlich der Binnenstruktur von Behörden sowie die adäquaten Formen der Aufsicht und der Zusammenarbeit zwischen Behörden – wie etwa die Bildung von Verbänden und die Grundsätze der Amtshilfe.

Das Landesorganisationsgesetz war darauf angelegt, dass die Verwaltungsaufgaben vorwiegend Fachbehörden (Sonderbehörden) zugewiesen werden sollten, die unter der Aufsicht einer obersten Staatsbehörde ihrerseits landesweit ihre jeweiligen Fachaufgaben wahrnehmen. Mit Ausnahme der Polizei und der Finanzverwaltung als gleichsam „geborenen" Sonderbehörden wurde im Gesetz nicht weiter festgelegt, welche Sonderbehörden im Einzelnen zu bilden sind. Die Zuweisung weiterer Fachaufgaben an die jeweilige Sonderbehörde wurde vielmehr entsprechend künftigen Bedürfnissen der Regelung durch Verordnungen vorbehalten.

Soweit ein Bedürfnis zur allgemeinen Verwaltung durch ortsnahe Behörden bestand, sollten untere Landesbehörden eingerichtet werden. Die Aufgaben sollten bei den Kreisverwaltungen und den Oberbürgermeistern der kreisfreien Städte liegen, die im Wege der Organleihe insoweit für das Land tätig werden sollten. Während die Fachbehörden (Sonderbehörden) landesweit tätig werden, lagen demgegenüber die unbenannten – allgemeinen – Verwaltungsaufgaben bei örtlich dekonzentrierten (und damit ortsnahen) Verwaltungseinheiten.

Auszüge aus § 5 LOG (Sonderbehörden):

(1) Sonderbehörden sind Landesbehörden, die einer obersten Staatsbehörde unterstehen und für das ganze Land zuständig sind. Sie nehmen die Aufgaben wahr, die von gesamtstaatlicher Bedeutung sind und wegen ihrer Eigenart einer einheitlichen Durchführung bedürfen.
(2) Polizei und Finanzverwaltung sind Sonderbehörden.

Auszüge aus § 6 LOG (Untere Landesbehörden)

(1) Untere Landesbehörden sind Landesbehörden, die einer obersten Staatsbehörde unterstehen und für Teile des Landes zuständig sind.
(2) Die Aufgaben der unteren Landesbehörden liegen bei der Kreisverwaltung. In den Städten ist der Oberbürgermeister zugleich Organ des Landes und als solcher untere Landesbehörde.

Diese Grundstruktur der Verwaltungsgliederung wurde im Recht der Gefahrenabwehr beibehalten. Deshalb folgte das damals konzipierte Gefahrenabwehrgesetz dem „Annexsystem". Jede Fachbehörde war danach im Rahmen ihres Geschäftsbereichs gleichzeitig „Sonderordnungsbehörde". Dies galt auch für die Kreisverwaltung hinsichtlich der von ihr wahrzunehmenden allgemeinen Verwaltungsaufgaben. Auf diese Weise wurde sichergestellt, dass die vorhandenen Fachkenntnisse der Fachbehörden zugleich für das Gefahrenabwehrrecht nutzbar gemacht werden.

Sollte es hingegen – was selten genug der Fall ist – um die Abwehr einer der Fachverwaltung nicht zuzuordnenden „unbenannten Gefahr" gehen, sollte eine möglichst ortsnahe und effektive Erledigung in Betracht kommen. Dem trug das allgemeine Gefahrenabwehrgesetz Rechnung durch die Übertragung dieser Ordnungsaufgabe ausnahmsweise auf die Vollzugspolizei.

Strukturell war die Vollzugspolizei organisationsrechtlich von der Ordnungsverwaltung zu trennen und als eigenständige Behörde auszubilden. Die Vollzugspolizei als „Fachbehörde zur Gefahrenabwehr" hatte danach die Aufgabe, in Eilfällen vorläufige Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu treffen. Lediglich für den Fall der Abwehr unbenannter Gefahren wurde das damit angelegte Trennungsprinzip zwischen Ordnungsverwaltung (Sonderbehörden) und Vollzugspolizei durchbrochen, indem die Vollzugspolizei – entsprechend ihrer jederzeitigen Präsenz und Ausbildung – zugleich unbenannte Ordnungsaufgaben wahrnehmen sollte.

> Auszüge aus § 5 Gefahrenabwehrgesetz (Behörden zur Gefahrenabwehr):
> (1) Alle Verwaltungsbehörden sind im Rahmen ihres Geschäftsbereichs zuständige Behörden zur Gefahrenabwehr (Ordnungsbehörden). Soweit danach eine Zuständigkeit nicht besteht, ist die Polizei allgemeine Behörde zur Gefahrenabwehr.
> (2) Erscheint die Notwendigkeit eines Tätigwerdens als unaufschiebbar, so ist die Polizei zuständig, anstelle der an sich zuständigen Behörde vorläufige Maßnahmen zu treffen. Die zuständige Verwaltungsbehörde ist von der Polizei über den Vorgang unverzüglich zu unterrichten. Die zuständige Verwaltungsbehörde kann anordnen, dass die Polizei den Vorgang abschließend behandelt.

Gegenstand des Landesorganisationsrechts ist somit die Regelung der Wahrnehmungskompetenz der Verwaltungsbehörden. Insoweit ist für das Recht der Gefahrenabwehr das LOG um die organisationsrechtlichen Aussagen des Gefahrenabwehrgesetzes zu ergänzen. Darüber hinaus sind weitere organisationsrechtliche Vorgaben im LOG enthalten: §§ 7–9 LOG befassten sich mit den Aufgaben und den Organen der Gemeinden und Städte, §§ 11–15 mit sonstigen Personalkörperschaften (Kammern als Träger der funktionalen Selbstverwaltung), §§ 16–18 mit rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts sowie §§ 19–20 LOG mit Personen des Privatrechts, die entweder im Wege der Beleihung oder zur Wahrnehmung von einzelnen Aufgaben der Leistungsverwaltung in privatrechtlicher Form verwaltend tätig werden.

Im Interesse der demokratisch gebotenen Transparenz waren in § 21 und in § 22 LOG die Binnenstruktur der Behörden geregelt – als monokratisch organisierte Verwaltung, deren Maßnahmen allein dem Behördenleiter zugerechnet werden, oder als Kollegialbehörde, deren Entscheidungen grundsätzlich mit Stimmenmehrheit zu treffen sind. Die rechtsstaatlichen Bindungen der Verwaltung wurden in dem Gesetz dadurch verfestigt, dass es im 5. Teil (§§ 24–29) die Aufsicht über Behörden im Einzelnen konkretisiert und ausgestaltet.

Zu einem umfassenden Organisationsrecht gehört auch die Regelung der Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsbehörden, sei es durch Amtshilfe oder durch Bildung von Zweckverbänden. Dies ist in §§ 30–40 LOG geregelt worden.

2. Verwaltungsverfahrensrecht

Die Rechtsakte der Verwaltung müssen aus Gründen staatlicher Transparenz einer eindeutigen Typologie folgen. Dadurch werden die Behörden zu Handlungsformen angehalten, die aus der Sicht des Bürgers vorhersehbar und kalkulierbar sind. Deshalb weist das Verwaltungsverfahrensgesetz (vom Sommer 1999) nicht nur einen abschließenden Katalog von Rechtsakten auf, mit denen die Verwaltung gegenüber dem Bürger verbindlich Recht setzt – so etwa Verwaltungsakte, Planfeststellungsbeschlüsse, verwaltungsrechtliche Verträge sowie Rechtsverordnungen und Satzungen. Es bestand vielmehr auch ein Bedürfnis dafür, „sonstiges Verwaltungshandeln" zu bestimmen, und damit Organisationsakte, aufsichtsrechtliche

Weisungen, Anweisungen innerhalb einer Behörde sowie schlicht hoheitliches Handeln, Realakte und weitere informationelle Maßnahmen.

Für die Beteiligten am Verwaltungsrechtsverhältnis sind die Rechtsakte der Verwaltung leichter zu handhaben und besser zu kalkulieren, wenn die Frage ihrer Wirksamkeit strukturell nach ein und demselben System beurteilt wird. Zustandekommen, Wirksamkeit trotz inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie Aufhebung sollten zumindest bei allen Einzelrechtsakten nach denselben Grundsätzen behandelt werden.

Insbesondere die Frage nach der Nichtigkeit eines Rechtsaktes als Folge seiner Rechtswidrigkeit bedurfte einer möglichst vereinfachenden Betrachtung. Deshalb folgten die Entwürfe konsequent dem Dogma, dass Rechtsvorschriften der Verwaltung im Falle ihrer Rechtswidrigkeit nichtig sind, der Verwaltungsakt hingegen sowie alle innerdienstlichen Akte trotz Rechtswidrigkeit Gültigkeit behalten. Das Verwaltungsprozessrecht wirkt einem etwaigen Rechtsschutzdefizit dadurch entgegen, dass auf Aufhebung wirksamer rechtswidriger Einzelakte geklagt werden kann.

In seinem allgemeinen Teil bestimmt das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) seinen Anwendungsbereich, die allgemeinen Verfahrensgrundsätze wie etwa die Beteiligtenfähigkeit und die Handlungsfähigkeit im Verfahren sowie die Durchführung mündlicher Verhandlungen und die Tätigkeit in Ausschüssen (§§ 1–28 VwVfG).

Der besondere Teil des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist den behördlichen Handlungsformen und damit den Rechtsakten und dem nichtregelnden Verwaltungshandeln gewidmet:

- §§ 30–59 VwVfG Verfahren und Wirksamkeit des Verwaltungsaktes,
- §§ 60–69 Planfeststellungsverfahren,
- §§ 70–79 der verwaltungsrechtliche Vertrag,
- §§ 80–89 schlichthoheitliches Handeln und
- §§ 90 *ff*. VwVfG Rechtsverordnung und Satzung.

Neben der jeweiligen Begriffsbestimmung befassen sich die Abschnitte vor allem mit der Wirksamkeit der behördlichen Handlungsformen. Denn auf die Wirksamkeit, nicht auf die Rechtmäßigkeit kommt es an, wenn die Frage aufgeworfen wird, ob Rechtsakte der Verwaltung verbindlich Recht setzen können. Die Frage nach der Wirksamkeit gliedert sich ihrerseits stets in drei Abschnitte: das Zustandekommen, Wirksamkeit trotz etwaiger Rechtswidrigkeit im Gegensatz zur Nichtigkeitsfolge sowie Aufhebung behördlicher Rechtsakte. Die Voraussetzungen für das Zustandekommen, die Nichtigkeitsgründe und die Aufhebung waren entsprechend der Art des Rechtsaktes unterschiedlich zu regeln.

Diese innere Systematik der Wirksamkeitslehre wird besonders deutlich beim Verwaltungsakt:

> Auszüge aus § 40 VwVfG (Bindungswirkung des Verwaltungsaktes):
> (1) Ein wirksamer Verwaltungsakt bindet nach Maßgabe der folgenden Vorschriften den Betroffenen und die erlassende Behörde (allgemeine Bindungswirkung). Tatbestandswirkung und Feststellungswirkungen gegenüber weiteren Personen kommen dem Verwaltungsakt nur insoweit zu, als dies gesetzlich bestimmt ist.
> (2) Ein Verwaltungsakt wird gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist, oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird. Der Verwaltungsakt wird mit dem Inhalt wirksam, mit dem er bekannt gegeben wird.
> (3) Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Die Erhebung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage hemmt die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes nicht.
> (4) Ein nichtiger Verwaltungsakt ist unwirksam.

Hervorzuheben ist auch die Regelung des schlichthoheitlichen Handelns. Eine vergleichbare Regelung etwa im deutschen Recht gibt es nicht. Darunter versteht § 80 Abs. 1 VwVfG solche öffentlich-rechtlichen Handlungsformen der Behörden, die nicht den Charakter von Verwaltungsakten, Rechtsvorschriften oder von – auf den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichteter – Willenserklärungen haben, die aber zur Beeinträchtigung von Rechten der Bürger führen können. § 81 VwVfG verpflichtet zum rechtlichen Gehör, § 82 VwVfG nennt den anzuwendenden Rechtmäßigkeitsmaßstab und damit – dem Grundrechtsschutz entsprechend – den Gesetzesvorbehalt für den Fall eines Eingriffs, i.ü. den Gesetzesvorrang. § 83 VwVfG gewährt ein Recht auf Begründung, § 84 VwVfG regelt als prozessrechtliche Komplementärnorm Abwehransprüche und die Möglichkeit ihrer prozessualen Durchsetzung.

In diesem Zusammenhang ist auf weitere Differenzierungen hinzuweisen und zu erwähnen, dass für bestimmte Handlungen ohne Regelungscharakter das VwVfG weitere Begriffsbestimmungen einschließlich besonderer Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nennt, so für Maßnahmen im Sonderstatusverhältnis, für öffentlich-rechtliche Willenserklärungen, für hoheitliche Realakte und für informationelle Maßnahmen (§§ 85–88 VwVfG).

Exemplarisch ist dafür etwa die Regelung über informationelle Maßnahmen. Sie lautet:

> § 88 VwVfG (Informationelle Maßnahmen):
> (1) Behörden sind berechtigt, die Öffentlichkeit über ihre Arbeit und deren Ergebnisse zu informieren (allgemeine Öffentlichkeitsarbeit), soweit gesetzlich oder durch Weisung fachlich übergeordneter Behörden nichts anderes bestimmt ist.
> (2) Warnungen, Empfehlungen und ähnliche auf die Beeinflussung des Verhaltens der Allgemeinheit gerichtete informationelle Maßnahmen dürfen von Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten nach pflichtgemäßem Ermessen vorgenommen werden. Sie müssen der Erfüllung der der Behörde übertragenen Aufgaben dienen, auf zutreffenden Tatsachen beruhen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

3. Gefahrenabwehrrecht

Dem Bedürfnis nach eindeutigen behördlichen Handlungsformen und übersichtlichen Aufgabenverteilungen wurde auch im Gefahrenabwehrrecht Rechnung getragen.

Kompetenziell wurde danach die Zuständigkeit zur Gefahrenabwehr – wie bereits oben erwähnt – nach einem „Annexsystem" der jeweiligen Fachbehörde als Sonderordnungsbehörde zugewiesen. Nur bei unbenannten Gefahren, also Gefahren, die sich fachlich nicht zuordnen lassen, sollte die Polizei als „allgemeine Fachbehörde zur Gefahrenabwehr" tätig werden. Die Zuständigkeit der Polizei wurde i.ü. strikt begrenzt auf ihre Eilkompetenzen für vorläufige Maßnahmen zur Gefahrenabwehr und damit auf jene Fälle, bei denen ein rechtzeitiges Einschreiten der zuständigen Fachbehörde nicht möglich ist (Eilfälle). Außerdem wurde in das Gefahrenabwehrgesetz als dem einheitlichen befugnisbegründenden Gesetz für Ordnungsverwaltung und Polizei ein Vorbehalt für die Aufgabe der Strafverfolgung durch die Polizei aufgenommen.

Insoweit ist die vollständige Fassung des bereits oben wiedergegebenen § 5 Gefahrenabwehrgesetz nachzutragen

> § 5 Gefahrenabwehrgesetz (GefAbwG) (Behörden zur Gefahrenabwehr):
> (3) Die Polizei nimmt ferner die Aufgaben wahr, die ihr durch besondere Bestimmungen zugewiesen sind. Nur soweit es sich dabei auch um Aufgaben der Gefahrenabwehr handelt, gelten die Vorschriften dieses Gesetzes ergänzend.
> (4) Die Verhinderung von Straftaten durch die Polizei richtet sich nach diesem Gesetz. Soweit die Polizei zur Strafverfolgung tätig wird, gilt die Strafprozessordnung. Die Zuordnung einer polizeilichen Maßnahme beurteilt sich nach dem erkennbaren Zweck; im Zweifel gilt das Gesetz, nach dem die Maßnahme rechtmäßig wäre.

Für die Definition der Gefahr geht das Gefahrenabwehrgesetz nicht nur von der herkömmlichen „objektiv hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines nicht unerheblichen Schadens, der einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung in überschaubarer Zukunft droht", aus (§ 3 Abs. 1). Vielmehr befasst es sich auf der Primärebene, d.h., wenn es um die Rechtfertigung des Eingreifens geht, auch mit der Anscheinsgefahr und dem Gefahrenverdacht. Die Regelung lautet:

> § 3 GefAbwG (Gefahrentatbestand):
> (2) Geht es um die Rechtfertigung eines Eingreifens zur Gefahrenabwehr, so werden unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit die Anscheinsgefahr und der Gefahrenverdacht einer Gefahr gleichgesetzt. Bei einer Anscheinsgefahr besteht im Zeitpunkt des Einschreitens der Eindruck einer Gefahr oder einer Störung. Ein Gefahrenverdacht liegt vor, wenn sich im Zeitpunkt des Einschreitens die Möglichkeit einer Gefahr nicht ausschließen lässt.

Diese Regelung wird konsequent bei der Bestimmung des für die Gefahr Verantwortlichen fortgeführt. Neben der Verantwortlichkeit des „Handlungsstörers" und des „Zustandsstörers" kennt § 4 für die Primärebene auch den Verdachts- bzw. Anscheinsstörer:

> § 4 GefAbwG (Verantwortlichkeit):
> (3) Der in § 3 Abs. 2 geregelte Rechtsgedanke gilt für die Feststellung der Verantwortlichkeiten entsprechend.

Geht es um das Ob des Eingreifens und damit um die Primärebene, zwingt die Effektivität des Gefahrenabwehrrechts dazu, wirkliche Gefahr und Anscheinsgefahr gleich zu behandeln.

Insoweit wird allerdings den Herangezogenen ein besonderes Opfer für das Allgemeininteresse an einer effektiven Gefahrenabwehr abverlangt, weil der Frage nach den wahren Verantwortlichen angesichts der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit zur Rechtfertigung des Eingriffs bei „vermuteten Gefahren" nicht nachgegangen werden kann. Dem trägt das Gesetz auf der Sekundärebene jedoch Rechnung, indem es demjenigen einen Ausgleichsanspruch zubilligt, der als nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Verantwortlicher zur Gefahrenabwehr herangezogen worden ist (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 GefAbwG). So ist etwa die Sicherstellung eines Speditionsgutes rechtmäßig, wenn der Polizei verschiedene glaubwürdige Meldungen über das Speditionsgut als angebliches Gefahrengut zugegangen sind. Allerdings muss dem betroffenen Spediteur eine angemessene Entschädigung gezahlt werden, wenn sich später herausstellt, dass die angenommene Gefahr tatsächlich nicht bestand. Hinzuweisen ist darauf, dass dann, wenn lediglich eine einzige „unrichtige" Anzeige vorliegt, von einer Anscheinsgefahr nicht gesprochen werden kann, so dass dann bereits die Sicherstellung als solche rechtswidrig ist.

Das Handlungsprogramm der Gefahrenabwehrbehörden (Fachbehörden und Polizei) orientiert sich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Effektivität:

- In erster Linie ist der für die Gefahr durch sein Verhalten oder als Sachherr Verantwortliche heranzuziehen. Ihm gegenüber sollen die Ge- oder Verbotsverfügung zur Gefahrenabwehr ergehen (§ 8 GefAbwG).
- Sollte der Verantwortliche im Einzelfall zur Gefahrenabwehr nicht in der Lage oder aus sonstigen Gründen seine Inanspruchnahme untunlich sein, muss die Behörde an seiner Stelle im Wege der unmittelbaren Ausführung zur Gefahrenabwehr tätig werden können (§ 9 Abs. 1 GefAbwG). Der Verantwortlichkeit ist aber – nun auf der Sekundärebene – dadurch Rechnung zu tragen, dass der Verursacher der Gefahr kostenpflichtig für die staatlichen Vorkehrungen zur Gefahrenabwehr ist (§ 9 Abs. 2 GefAbwG).
- Nur wenn auch die Behörde keine Möglichkeiten zur Abwehr einer erheblichen Gefahr hat, also auch zur Eigenhandlung im Wege der unmittelbaren Ausführung nicht in der Lage ist, ist eine Inanspruchnahme Unbeteiligter möglich (§ 10 GefAbwG). Auf der Sekundärebene ist dann jedoch sicherzustellen, dass die Kosten letztlich vom Verantwortlichen getragen werden, wobei im Außenverhältnis zunächst der Staat in Vorleistung treten muss (§ 35 Abs. 1 Nr. 2 GefAbwG).

Das Gefahrenabwehrgesetz regelt in §§ 12–34 so genannte „besondere Befugnisse" der Gefahrenabwehrbehörden. Dazu gehören die Ingewahrsamnahme einer Person, die Durchsuchung von Personen, die Durchsuchung von Sachen, Eingriffe in das Besitztum, die Sicherstellung, Platzverweisungen und Aufenthaltsverbote, Anordnungen gegenüber Versammlungen, die Datenerhebung und die Datenverarbeitung zur Gefahrenabwehr. Dieser besonderen Eingriffsermächtigungen bedurfte es, weil die betroffenen Grundrechte an das dem Grundrechtseingriff zu Grunde liegende Gesetz besondere Anforderungen stellen, die von der allgemeinen Generalermächtigung zur Gefahrenabwehr (§§ 7–10) nicht erfüllt werden. Die Bestimmungen sind aber auch deshalb erforderlich, weil sie für bestimmte Fallgruppen typisiert sind und damit dem handelnden Amtswalter in komplexen Gefahrensituationen eine Hilfe sind. Diese Bestimmungen sind zugleich *leges speciales* zum allgemeinen Teil des Gefahrenabwehrrechts.

Insoweit bedurfte einer besonderen Regelung:

> § 12 GefAbwG (Besondere Befugnisse):
> (1) Soweit im folgenden Abschnitt besondere Befugnisse zur Gefahrenabwehr geregelt sind, gehen diese Bestimmung den §§ 7–10 vor. Die in den §§ 7–10 genannten Voraussetzungen kommen jedoch insoweit zur Anwendung, als entsprechende Aussagen in den nachfolgenden Vorschriften nicht oder nicht vollständig bestehen.

(2) Soweit im folgenden Abschnitt einer Behörde zur Gefahrenabwehr eine besondere Befugnis verliehen ist, schließt das den Erlass von Ge-/Verbotsverfügungen ebenso wie die Befugnis zur unmittelbaren Ausführung und zum Vollzug der Maßnahmen ein, soweit dies zur Erreichung des angestrebten Zwecks erforderlich ist. Dies gilt für die Ausübung weiterer besonderer Befugnisse im Sinne dieses Abschnitts nur dann, wenn sie in der befugnisbegründenden Vorschrift im Sinne des Satz 1 ausdrücklich genannt sind. I.ü. richtet sich die Wahrnehmung einer besonderen Befugnis nach den für sie geltenden Vorschriften.

Wenn z.B. § 20 Abs. 1 Nr. 1 GefAbwG bestimmt, dass Sachen sichergestellt werden dürfen, „um eine gegenwärtige Gefahr abzuwehren", so ermächtigt dies ohne weitere Hervorhebung in § 20 auch zum Erlass einer entsprechenden Herausgabeanordnung oder zur Vornahme einer unmittelbaren Ausführung, wenn die Polizei die Sache findet. Eingeschlossen ist auch die zwangsweise Durchsetzung der Sicherstellung, soweit dies zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist (§ 12 Abs. 2 Satz 1). Weitere flankierende Maßnahmen, etwa die Ausübung eines Betretungsrechts mit dem Ziel, überhaupt erst in den Besitz der sicherzustellen Sache zu kommen, sind durch die Befugnisnorm hingegen nicht legitimiert. Insoweit muss nach § 12 Abs. 2 Satz 3 die Ermächtigung zum Betreten zusätzlich geprüft werden, weil in der Regelung der Sicherstellung diese besondere Befugnis nicht erwähnt ist (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 2).

4. Gesetz über die Verwaltungsrechtsverhältnisse

Im Oktober 1999 wurde der Entwurf des Gesetzes über die Verwaltungsrechtsverhältnisse dem Justizministerium vorgestellt. In diesem Gesetz waren die Grundbegriffe der Ansprüche des Bürgers gegen die Verwaltung auf Begünstigung und auf Abwehr belastenden Verwaltungshandelns zu regeln sowie die Fragen, woraus sich Ansprüche im Verwaltungsrecht ableiten und gegen wen sie sich richten. An sich hätten in das Gesetz auch die Staatshaftung und damit der Anspruch des einzelnen auf Entschädigung gegen die Verwaltung insbesondere bei unrechtmäßigem Verwaltungshandeln aufgenommen werden müssen. Im Justizministerium wurde jedoch damals mehrheitlich die Auffassung vertreten, Staatshaftung gehöre in das Privatrecht, zumal sie auch zum damaligen Zeitpunkt dort geregelt war. Das führte dazu, dass gleichsam nur die Primäransprüche gegen die Verwaltung im Gesetz über die Verwaltungsrechtsverhältnisse kodifiziert wurden, nicht dagegen Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung. Für Letztere war zunächst die Entwicklung des Privatrechts abzuwarten.

Im Mai 2001 wurde dann doch ein Staatshaftungsgesetz verabschiedet, das im Wesentlichen für die Primärebene die Regelungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtsverhältnisse übernahm, und für die Sekundärebene ein System der öffentlichen Staatshaftung einführte.

In seinem Allgemeinen Teil regelt das Gesetz über die Verwaltungsrechtsverhältnisse, wer die Beteiligten der Rechtsbeziehung sind, wann ein Verwaltungshandeln öffentlich-rechtlich ist und damit dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfällt, welchen Bindungen die Verwaltung unterfällt (Gesetzesvorbehalt und Gesetzesvorrang) und woraus sich die Rechte des Bürgers gegen die Verwaltung auf Durchsetzung dieser Bindungen ableiten können.

Die Abgrenzung des privatrechtlichen von einem öffentlich-rechtlichen Verwaltungshandeln hat grundlegende Bedeutung für das Verwaltungsrecht, zumal die Anwendung des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts davon abhängig ist, dass die Verwaltung öffentlich-rechtlich gehandelt hat. Deshalb ist auf die Abgrenzungsnorm noch einmal hinzuweisen und zugleich anzumerken, dass sie die Zweifelsregelung aufweist, dass Verwaltungshandeln beim Fehlen anderweitiger Zuordnungskriterien dem öffentlichen Recht unterfällt. Soll davon abgewichen werden, trifft gleichsam die Verwaltung die Beweislast. Dabei ist die Zuordnung von Leistungs- und Abwehrfälle unterschiedlich zu beurteilen. Schließlich sind Besonderheiten bei der Beleihung zu beachten. Dies alles findet seinen Niederschlag in der nachfolgenden Bestimmung:

§ 3 GesVerwRV (Öffentlich-rechtliches Verwaltungsrechtsverhältnis):

(1) Ein Rechtsverhältnis zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist öffentlich-rechtlich, sofern es nicht ausdrücklich den Regeln des Privatrechts unterstellt ist. Einzelne Aufgaben der Daseinsvorsorge können privatrechtlich ausgestaltet werden. Sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, sind Bedarfsdeckung und Vermögensverwaltung durch Behörden nur nach Privatrecht zulässig.

(2) Für die Rechtsnatur eines belastenden Verwaltungshandelns entscheidet nicht, wie der Hoheitsträger hätte handeln müssen, sondern wie er tatsächlich gehandelt hat. Berechtigt oder verpflichtet eine Rechtsgrundlage einseitig einen Hoheitsträger, so ist die Rechtsanwendung öffentlich-rechtlich.
(3) Das Rechtsverhältnis zu einem Beliehenen richtet sich nach öffentlichem Recht, wenn sich der Beliehene im Einzelfall einer hoheitlichen Handlungsform bedient hat oder wenn sich der Anspruch dem Aufgabenbereich zuordnen lässt, für den die Beleihung erfolgt ist.

Bei der Regelung über die Bindungen der Verwaltung macht das Gesetz in § 4 deutlich, dass zur Legitimation auch ein wirksames vorausgegangenes Verwaltungshandeln ausreichen kann, etwa ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der durch seine Wirksamkeit die allgemeine Gesetzesbindung der Verwaltung überlagern kann. In § 5 wird bestimmt, dass sich subjektive Rechte außer aus Sonderbeziehungen auch aus allen Rechtsvorschriften ableiten, die neben der Allgemeinheit zumindest auch dem Schutz des einzelnen zu dienen bestimmt sind. Das Gesetz stellt zudem klar, dass der Bürger keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch hat.

Schwerpunkt des Gesetzes ist die Regelung der Ansprüche auf Begünstigung und auf Abwehr belastenden Verwaltungshandelns.

Bei den Abwehransprüchen differenziert das Gesetz nach den Handlungsformen der Behörde. Beim Abwehranspruch gegen einen Verwaltungsakt gibt es unterschiedliche Regelungen für Abwehransprüche des Adressaten und für Drittbetroffene. § 11 befasst sich mit dem Anspruch auf Abwehr schlichten Verwaltungshandelns, § 12 mit dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch und § 13 mit den Folgenbeseitigungsansprüchen.

Damit sind auf der Primärebene alle Ansprüche im Verwaltungsrechtsverhältnis umfassend ausgestaltet.

5. Verwaltungsrechtsschutz

Ohne Verzicht auf die verfassungsrechtliche Vorgabe des umfassenden Rechtsschutzes konnte mit der Neuregelung gleichwohl eine erhebliche Vereinfachung und damit einhergehend eine Effektuierung des Verwaltungsrechtsschutzes erreicht werden.

Einen ganz beachtlichen Entlastungseffekt versprach man sich durch die Einführung eines „öffentlichen Vergleichsverfahrens" an Stelle des herkömmlichen Widerspruchsverfahrens. Durch die Besetzung der „Vergleichsstelle" sollte sichergestellt werden, dass diese Verfahrensstufe nicht als überflüssiges Vorverfahren betrachtet wird, das „durchlaufen" werden muss, sondern tatsächlich zur Konfliktbewältigung genutzt wird. Praktisch sollte damit eine Mediation stattfinden, bevor geklagt wird. Leider wurde der Gedanke dann auch mit Blick auf die personellen Ressourcen verworfen.

Eine Vereinfachung bei den Klagearten wurde dadurch erreicht, dass die Leistungsklage zur zentralen Klageform erklärt wurde. Mit ihr soll nicht nur eine Begünstigung in Form eines nichtregelnden Verwaltungshandelns, sondern ebenso ein Verwaltungsakt eingeklagt werden können. Gegenstand der Leistungsklage ist aber auch die Abwehr eines nichtregelnden Verwaltungshandelns sowie die Verpflichtung der Verwaltung zur Folgenbeseitigung. Eine weitere Besonderheit gegenüber dem Rechtsschutzsystem in der Bundesrepublik wurde dadurch geschaffen, dass sich der vorläufige Verwaltungsrechtsschutz in Estland grundsätzlich nur nach einer besonders zu beantragenden einstweiligen Anordnung richten sollte, eine Suspendierung etwa eines Verwaltungsaktes als gesetzliche Folge des Hauptsacheverfahrens war nicht vorgesehen.

Der Anwendungsbereich der Feststellungsklage wurde entsprechend den Erfahrungen in der Bundesrepublik genauer definiert, er umfasste die Fortsetzungsfeststellungsklage ebenso wie die Normennichtigkeitsfeststellungsklage.

Nur beim Verwaltungsakt wurde damals – nach langer Diskussion – dem Bedürfnis an einer besonderen Klageart in Form der Gestaltungsklage Rechnung getragen. Eine Leistungsklage auf Aufhebung durch die Behörde wäre nach anfänglicher Einschätzung auch ausreichend gewesen. Andererseits setzt die Behörde mit dem Verwaltungsakt gegenüber dem Bürger im Einzelfall verbindlich Recht, zugleich ist der Verwaltungsakt Grundlage für die Verwaltungsvollstreckung. Dem Interesse an rückwirkender Aufhebung als Kompensation für das so geartete einseitige Vorgehen der Behörde – dies auch mit Blick auf die

Verpflichtung zur Folgenbeseitigung – kann nur die Gestaltungsklage mit der Kassation durch das Gericht Rechnung tragen.

Ein Land von der Größe Estlands sollte sich nicht drei Instanzen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit „leisten". Deshalb wurde sichergestellt, dass grundsätzlich nur eine Rechtsmittelebene in Betracht kommt und die ausnahmsweise Anrufung einer weiteren Instanz an besondere Zulassungsvoraussetzungen geknüpft wird.

Im Übrigen enthält das Verwaltungsgerichtsgesetz für die Republik Estland vom 28.4.1999 eine Reihe von Regelungen, die sich auch im deutschen Recht bewährt haben: Dazu gehören die allgemeinen Verfahrensvorschriften (Dispositionsmaxime, Untersuchungsgrundsatz, Anspruch auf Akteneinsicht) ebenso wie die Bestimmungen über Beweiserhebung und die Arten der gerichtlichen Entscheidungen.

Der Reformentwurf wurde nicht 1 zu 1 vom Gesetzgeber übernommen. Das wäre auch mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar. Trotzdem enthält Reformentwurf grundlegende Vorgaben und Weichenstellungen, die bei den sich anschließenden Aktivitäten des Parlaments Berücksichtigung fanden. Damit hat der Reformentwurf die gestellte Aufgabe erfüllt. Die damals entwickelten rechtsstaatlich-demokratische Ideen leben in den heutigen Gesetzen fort.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.08

Mait Laaring

Adviser to the Chancellor of Justice

On the Situation of Law-enforcement Law in Estonia[*1]

1. Introduction

Of the elements of the special part of Estonian administrative law, law-enforcement law has been one of the most controversial and debated areas in the past decade. This is due to the protracted and still ongoing law-enforcement law reform, particularly that involving the Order Protection Act (OPA), developed and adopted in the course of that reform.[*2]

Law-enforcement law regulates the activity of the state in the performance of one of its most basic and important functions—the immediate and mainly preventive assurance of a group of legal rights that can be summed up as public order—and, accordingly, exists at least in its most elementary form in every legal system. Estonia is no exception to this rule: in our legal order, law-enforcement law existed—fragmentarily and inconsistently, but indisputably—in the form of the Police Act and some state supervision acts addressing various specialist fields already at the time of the restoration of our national independence.[*3] However, this legal foundation was in dire need of amendment and supplementation in accordance with the principles of a state based on the rule of law.[*4] Preparations for the complete reformation and harmonisation of the law-enforcement law were already underway in the late 1990s, hand in hand with the development of the acts that form the general part of Estonian administrative law. Since then, the concept for the OPA draft has gone through several fundamental changes.[*5]

---

1 The article is based on the talk 'Ohutõrje- e. korrakaitseõiguse olukorrast Eestis' (or 'On the situation of threat-countering or law-enforcement law in Estonia') given by the author at the conference At the Sources of Modern Public Administration—Sources, Developments and Perspectives in Estonia and Germany, held on 24– 25 October 2013 in the assembly hall of the University of Tartu within the framework of Academica—the German–Estonian Academic Week. A video recording of the talk, in Estonian, is available at http://www.uttv.ee/naita?id=18306 (most recently accessed on 31.1.2014).

2 Korrakaitseseadus. – RT I, 22.3.2011, 4 (in Estonian).

3 For an overview of the principles and structure of Estonian law-enforcement law in the 1990s, see, for example, I. Koolmeister, K. Orion. Haldussund kehtivas õiguses ['Enforcement of administrative legislation as regulated by the law in force']. – *Juridica* 1998/8, p. 382 *ff*. (in Estonian). For one possible interpretation of the problems and bases of this legal model, see, for example, M. Ernits. Preventiivhaldus kui tulevikumudel ['Proactive administration as a future model']. – *Riigikogu Toimetised* 17 (2008), p. 156 *ff*. (in Estonian).

4 See also M. Niemeier. Nõuded õigusriiklikule politseiõigusele – proportsionaalsuse põhimõte ja Euroopa õigus ['Requirements for police law: The principle of proportionality and European law']. – *Juridica* 2004/7, p. 461 *ff*. (in Estonian).

5 See, for example, KorS-i eelnõu (eelnõu nr 49 SE I) seletuskiri ['Explanatory memorandum on the draft Act of Order Protection (draft 49 SE I)'], pp. 6–7. Available at http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&emshelp=true&eid=93502&u=20120331103845 (in Estonian) (most recently accessed on 31.1.2014).

2. The current state of the law-enforcement law reform

The first stage of the law-enforcement law reform materialised on 1 January 2010, when the new Police and Border Guard Act[*6] (PBGA) came into force. However, this act introduced the revised principles of law-enforcement activity only at the level of the police as a law-enforcement authority, ignoring the specialist fields of law-enforcement law.

The second stage of the reform, which extends the renewed principles to the activity of other law-enforcement authorities (various boards and inspectorates), should materialise upon the entry into force of the OPA. The act in question was passed by Parliament on 23.2.2011[*7]; however, since its enforcement requires dozens of special laws to be amended to a greater or lesser degree, it was decided to prepare a separate implementing act for that purpose. At this point, the draft version of that act too—the draft act for the amendment and application of the Law Enforcement Act[*8] (or 'the AAA OPA draft')—has entered legislative proceedings and passed its first reading before the Riigikogu.[*9] A fundamental decision about when the new law-enforcement law concept will take effect in full and the current ambiguous situation will end should, therefore, be reached in the near future.

Even though such initially unplanned gradual implementation of the reform is positive in the sense that it makes it possible to test the strengths and weaknesses of the new regulation model in more limited circumstances, it has without doubt also generated additional problems by dividing the existing law-enforcement law into two rather different parts. The police force has *de lege lata* found itself in an ambivalent position, wherein it needs to proceed from completely different rules and conceptual apparatus in its PBGA-based activities as compared to its supervisory activity as a special law-enforcement authority on the basis of specific laws.

To conclude an overview of the current state of the reform, one could mention that some development in numerous other framework acts of fields falling under the special part of administrative law, such as the General Part of the Economic Activities Code Act[*10] and the General Part of the Environmental Code Act[*11], has already taken place with the OPA in mind.

3. The substance of the new law-enforcement law

In the discussion that follows, a brief overview is given of the main principles serving as the basis for Estonia's new law-enforcement law in the PBGA and OPA.

Firstly, the OPA is an attempt to regulate the whole area of law enforcement in a uniform manner by providing a general framework for the system of defending law-enforcement rights as a whole.

Secondly, that foundation currently being developed is clearly based on the idea of a preventive defence of the right to protection—i.e., public order.[*12]

Thirdly, Estonia's new law-enforcement law is, in essence, threat-countering law. The OPA and PBGA distinguish among certain phases of threats of harm to the various rights to protection, with the central probabilistic threshold being threat or specific threat. Where there is deemed to be a threat, a harmful consequence for the right of protection is sufficiently probable in the near future according to an *ex ante*

6 Politsei ja piirivalve seadus. – RT I, 2009, 26, 159; RT I, 2.7.2013, 18 (in Estonian).

7 The complete text of the OPA in its 23.2.2011 wording is available in English translation at http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022 (most recently accessed on 31.1.2014).

8 Korrakaitseseaduse muutmise ja rakendamise seaduse eelnõu (424 SE) ['Draft act for the amendment and application of the OPA']. Available at http://www.riigikogu.ee/?page=en_vaade&op=ems&enr=424SE&koosseis=12 (most recently accessed on 31.1.2014).

9 At the time of writing of this article (1.2.2014), the AAA OPA is being prepared within the Legal Affairs Committee of the Riigikogu for completion of the second reading. The date planned for the AAA OPA's entry into force is 1.7.2014.

10 Majandustegevuse seadustiku üldosa seadus – RT I, 25.3.2011, 1 (in Estonian).

11 Keskkonnaseadustiku üldosa seadus – RT I, 28.2.2011, 1 (in Estonian).

12 For a more detailed analysis of the concept of public order in the OPA and its connections to the concept of public order in other laws, the Constitution of the Republic of Estonia, the European Convention on Human Rights, and European Union law, see M. Laaring. Avaliku korra mõiste põhiseaduses ['The concept of 'public order' in the Constitution']. – *Juridica* 2012/4, pp. 247–261 (in Estonian).

judgement.[*13] In simple terms, this means that the average law-enforcement officer performing the assessment must be convinced that harm would occur in the event of unhindered progression of the causal chain. The law obliges everybody to eliminate any threats arising from his person (see §15 (1) of the OPA). If the originator of the threat, or the person liable for public order, fails to eliminate the threat on his own, the law-enforcement authority may, proceeding from the principle of opportunity, perform a threat-countering procedure, also employing measures that infringe on fundamental rights if these are necessary.

Although the core of law enforcement, pursuant to the new acts of law, consists in addressing the issues of detecting and countering specific threats, the new model does not involve only threat-countering law; to a certain extent, it also involves the prevention of threats—that is, acting on levels of probability lower than that of a specific threat or merely on the basis of an abstract threat.[*14] The application of measures that infringe on fundamental rights is not ruled out in cases of prevention of specific threats either; however, the possibilities are more limited than with countering of a threat, mostly consisting in the collection of information on the possibility of a specific threat emerging. In particular, threat-prevention-related amendments to the OPA at the level of general principles of law enforcement, along with the powers (measures) of law enforcement, have been provided for with the AAA OPA. Alas, some of the most controversial issues surrounding the legal concept, to which we will later return, arise in relation to the sphere of threat prevention, among other areas.

The OPA proceeds from a clear distinction between law-enforcement competence (law-enforcement function) and law-enforcement powers (law-enforcement measures), providing for the institutions of a general law-enforcement competence (in §6 (2) of the OPA) and a preliminary law-enforcement competence (see §6 (2) of the OPA). The law-enforcement competence of state authorities is clearly distinguished from the competence applied in offence-related proceedings (see §1 (4) of the OPA).

The majority of the text of the act addresses the elements necessary for various state supervision measures (powers) on the basis of division of the measures into general and special measures (in Chapter 3 of the OPA).

It is hard to deny that this model, laid out in very broad strokes, bears an important resemblance to the basic structures of German classic threat-countering law, which has served as a model intentionally applied in the reform. However, these elements have not been mechanically carried over into Estonian law-enforcement law; instead, an attempt has been made to adapt the threat-countering to our circumstances, mainly by further elaborating on its essence and by defining individual concepts in order to compensate for the different background in law dogmatics and the different historical perspective.

4. Problems

Compared to the progress of reform to other parts of administrative law, that of the reform of Estonian law-enforcement law has been slow and laborious. It is no secret that the processing of the OPA draft has been accompanied by fairly serious debates as to what concept of law enforcement is fitting for the Estonian legal order, not to mention the particulars of the concept chosen.[*15] Without an overview of the main points of such criticism, a description of the current state of Estonian law-enforcement law would be incomplete. Although the passing of the OPA marked a fundamental decision that its positive aspects outweigh the potential drawbacks, the discussion has, in effect, continued even as the implementing act has proceeded through the system.

---

13 On the concept of threat in the OPA, see the explanatory memorandum on the OPA (Note 5), p. 22 *ff*. See also J. Jäätma. The Constitutional requirements for averting of a threat: The principles of a state based on democracy, and the rule of law v. averting of a threat. – *Juridica International* 2012/1, pp. 135–144.

14 The concept of abstract threat is here taken to refer to an imaginary threat as opposed to an actually existing specific threat. On threat prevention in the OPA, see also M. Laaring. Estonian law-enforcement law as threat-prevention law. – *Juridica International* 2013/1, pp. 197–205.

15 For criticism of the new concept, see, for instance, V. Linde. Korrakaitseseaduse eelnõu probleemidest ['About the problems of the Order Protection Act']. – *Riigikogu Toimetised* 17 (2008), pp. 45–47 (in Estonian); A. Seppik. Kas meil on vaja korrakaitseseadust? ['Do we need the Order Protection Act?']. – *Riigikogu Toimetised* 17 (2008), pp. 48–49 (in Estonian). The opinion of the Supreme Court on the AAA OPA draft is available at http://www.riigikogu.ee/?page=en_vaade&op=ems&enr=424SE&koosseis=12 (in Estonian) (most recently accessed on 31.1.2014). For a view that is supportive of the concept of threat-countering but critical of the delegation of law-enforcement tasks to private persons, see M. Ernits (Note 3).

Here, in turn, it is possible to distinguish among several distinct layers of issues. Given the limitations on the length of this article, making generalisations and bringing out only the most characteristic layers are unavoidable. I now proceed, while acknowledging the possibly subjective character of my opinion, to distinguish among five groups of issues.

1. For a long time, the subject that aroused the fiercest passions and pretty much overshadowed the other discussions related to the new law-enforcement law was the question of the possibilities and extent of involving private citizens in the performance of law-enforcement functions. Among other things, this issue clearly set the political powers in Estonia's Parliament against each other and led to harsh criticism of the relevant provisions by the Chancellor of Justice.*[16] Namely, the draft act in its original wording provided for—in the spirit of liberal 'small government' ideas—considerable opportunities to delegate law-enforcement functions of the police and rescue-service agencies, including the task of ensuring security in public places, to persons in private law, especially security undertakings, on the basis of contracts under public law.*[17] Concluding such a contract would also have allowed, with some restrictions, the application of law-enforcement measures infringing on fundamental rights, along with coercive measures aimed at their assurance against third persons by a person in private law who is tasked with ensuring public order. The issue has, in the end, been resolved through the removal from the OPA of the text pertaining to contractual delegation of law-enforcement functions; this has eliminated the most important obstacle to adoption of the act. However, by way of compromise, the act still contains a general reference to the possibility of such delegation, as long as the bases and procedure for it are provided by a specific law (see §82 of the OPA). Hence, the question of delegation has not definitively lost its relevance and may arise again when the circumstances change. The Supreme Court of Estonia has so far not had a chance to express its opinion clearly on the matter of where the line is to be drawn between acceptable and unacceptable co-operation between the public and private sector in the law-enforcement field, the main factor in the restriction of delegation involving the necessity to maintain the state monopoly on force.*[18] The court has nevertheless implied that the constitutional restrictions that apply to the performance of 'administrative activities of supervisory nature'—i.e., in essence, to the delegation of the law-enforcement function—may not be as strict as those applying to the transfer of penal authority with regard to offence proceedings. The latter has been ruled out by the court altogether.*[19]

   As for the concept serving as a basis for law-enforcement law as a whole, that too has engendered lively debate among politicians and lawyers alike.
2. The arguments by which the chosen concept is alien and therefore incompatible with the traditions of Estonian administrative law can probably be treated as related to feasibility in legal-political terms, rather than criticism based on the Constitution.*[20] As life has shown, the Riigikogu has, in fact, shaped legal policy in a different manner. The fact that proceeding from a threat-countering model is not entirely unprecedented, at least in our legal theory, is confirmed by, for instance, a glance at the police-law-related views of A.-T. Kliimann, the most renowned administrative-law theorist of Estonia's previous time of independence.*[21] However, it cannot be denied that the question of whether the legal concept has developed through long-term evolution of domestic law or been taken over from the outside as a novel whole may affect the assessment of the constitutionality of the regulation (see the following paragraphs).
3. The legal clarity—but also the legal certainty in general—of the provisions of the OPA has met with significant criticism.*[22] It is clear that the implementation of the new law-enforcement model, espe-

16 See, for example, the overview of the activity of the Chancellor of Justice in 2006 that is available at http://oiguskantsler.ee/en/2006 (most recently accessed on 31.1.2014), specifically p. 75 *ff*.

17 See §§81–91 of the OPA draft in its original wording and the explanatory memorandum on them (Note 5).

18 On transfer of the state monopoly on force with reference to restriction to the delegation of public duties to persons in public law in the Estonian legal order, see N. Parrest. Constitutional boundaries of transfer of public functions to [the] private sector in Estonia. – *Juridica International* 2009/1, p. 48 *ff*.

19 SC*enbanc*d 3-1-1-86-07, of 16.5.2008, para. 26 (in Estonian).

20 Opinion of the Supreme Court on the AAA OPA draft (see Note 15), p. 1.

21 For example, see R. Eliaser (ed.). *Haldusõiguse üldosa. Autoriseeritud konspekt. A.-T. Kliimanni loengute põhjal* ['General Part of Administrative Law: Authorised Notes, Based on Lectures by A.-T. Kliimann']. Tartu 1939, pp. 205–206 (in Estonian).

22 See, for example, Linde (Note 15), pp. 45–46.

cially application of the highly abstract concepts of threat and public order, means the introduction of a much higher degree of abstraction in law-enforcement activities than was seen in the former legal thought of the legislator just as much as the implementer of the law. The concomitant potential uncertainty is, in turn, exacerbated by further widening of the space for discretion through a clear emphasis on the principle of opportunity in deciding on the implementation of these measures and in acting in the individual stages of the application thereof. What has merited particular criticism is the general law-enforcement competence (see §28 of the OPA) as allowing for very broad discretion—it is seen as unacceptably vague in terms of both the grounds for its application and its legal consequences.[*23] Where a threat-countering model is used, the ability of a law-enforcement officer to interpret and implement the law, assess the likelihood of harm, and weigh the various rights against each other, all properly, plays a much bigger role, therefore. Also, the predictability of the activity of law-enforcement authorities for the targets of the measures and, ultimately, the opportunity of higher agencies and the courts to control the actions of the officers may decrease.

It must be admitted that comprehensiveness and flexibility of law enforcement, which is one clear goal behind the abstractness of the regulation, has a certain price, which cannot be mitigated in our branch of law through long-time defining and elaboration activity of legal practice and science—the factors that the German Federal Constitutional Court has pointed out as the main guarantees of the legal clarity of the general provisions for law enforcement in German law.[*24] This fear also finds support from the quite common background conviction that the ability of Estonian law-enforcement officers to apply their right of discretion flawlessly is not very great in the first place.[*25]

4. In addition to legal certainty, the widening of the set of measures available to the police and other law-enforcement authorities, relative to the earlier domestic-security law, has made the perennial main question of infringement management—that of the balance between the rights to be protected and those infringed upon (i.e., of moderation of infringement)—more relevant than ever before. There have been doubts as to the level of seriousness of infringements on fundamental rights that could possibly be justified by the prevention-oriented necessity to protect legal rights, which is necessarily characterised by uncertainty of the progression of the causal chain.[*26] The criterion of a specific threat or its qualified forms also has been considered too uncertain and subjective to be able to serve as a balancing point in infringement on fundamental rights in the case of more infringing measures such as bringing in forcefully, searching, or coming onto the premises, even in the event of a properly executed assessment of threat. This approach has led opponents to the conviction that any infringements on fundamental rights that venture even slightly toward the more serious side are admissible only *post factum* and in the framework not of administrative procedure but of offence proceedings, where the proportional relations between various rights are clearer, there is more time for assessment, and the person whose rights are being infringed on has greater legal guarantees in the form of court proceedings.[*27] Alternatively, such infringements are considered possible outside offence-related proceedings only in an extraordinary legal situation—e.g., in a state of emergency, wherein powers allowing for greater infringement of fundamental rights are applied. The conviction that more serious infringements on fundamental rights are admissible only in the framework of offence-related proceedings seems also to be reflected in the fact that the legislator has tried to treat some measures that are applied in especially sensitive areas as part of penal proceedings, despite their purpose, which is mainly law-enforcement-oriented. An example of this is the way surveillance activities (covert information-processing measures) targeted at 'preventing and blocking', or, in the later formulation, 'detection and prevention', of criminal offences are treated in the Code of Criminal Procedure.[*28]

---

23 On the possibilities for interpretation of constitutionality, see K. Eller. Korrakaitse üldvolituse koosseis Saksa õiguses ja Eesti korrakaitseseaduse eesnõus ['General authorisation in the maintenance of law and order in German law and in the Estonian draft of the Maintenance of Law and Order Act']. – *Juridica* 2007/1, pp. 41–53 (in Estonian).

24 Bundesverfassungsgericht 23.05.1980, 2 BvR 854/79. – *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes* 54, p. 143 (and 144 *ff*).

25 O. Kask. Korrakaitse seaduse eelnõust ['About the order protection draft act']. – *Juridica* 2004/7, p. 469 (in Estonian).

26 See Linde (Note 15), p. 46.

27 *Ibid*.

28 This question is actually more complex, since the purpose of these measures can be regarded as something between a preventive and a repressive one. See also S. Laos. Chapter 11.2.1. – E. Kergandberg, P. Pikamäe (eds). *Kriminaalmenetuse seadustik*.

In the case of probability of harm that falls short of a specific threat, the assessment of the balance of rights to be protected and infringed on is even more difficult than in cases of probability of harm arising from a specific threat. Some discussion has been sparked by the question of what requirements should be set for infringements that occur in the course of a so-called routine check in the event of abstract threat, or in other cases wherein the probability of harm is below the threshold for sufficient probability that characterises specific threats but providing for a possibility of intervention by the legislator seems necessary. Whether this requires separate justification by means of a so-called abstract threat prediction, as provided for in the AAA OPA draft[*29], has been debated, as have whether coercive measures may be applied to ensure this, which measures those might be, etc.

5. Lastly, we take a look at a criticism that has elements in common with all of the critical points raised above. It calls into doubt the ability of a law-enforcement law concept built on the idea of threat to serve as a basis for the system of protecting public order as a whole. In other words, it has been found that the protection of public order should be seen as divided into two parts, where one of these parts—so-called inspectional (or traditional) state supervision—should omit any reference to threat and/or its preliminary stages.[*30]

In Estonia's current legal tradition, inspectional supervision has been understood mostly as a routine supervisory activity, independent of any specific threat, that is carried out by special law-enforcement authorities—boards and inspectorates—and directed, above all, at the detection and elimination of offences that have already occurred. This sphere of activity has been weakly connected to the sphere of police activity. Unlike, for example, German law-enforcement law, the special fields of law enforcement in Estonia have not taken shape in an evolutionary manner, through a gradual separation from general police law. Rather, they have assumed a position alongside it through an independent path of development. Police law (in its narrower sense) has not developed to form the general part of law-enforcement law. This may be one of the sources of the idea that law-enforcement law in its entirety cannot be brought under a single common denominator.

From the perspective of law enforcement that uses the concept of threat as a core threshold, inspectional state supervision consists mostly in threat prevention: application of measures in a situation wherein no data exist (yet) on the occurrence of a specific threat or in dealing with already committed breaches of public order—above all, the implementation of administrative coercion for their elimination. It is clear that a security model based on countering only specific, already developed threats cannot ultimately ensure performance of the state's duty of protection of individuals. Hence, it has never been an objective of the OPA to rule out supervisory activity of law-enforcement authorities aimed at preventing specific threats, let alone at rectifying offences that have already occurred. An attempt has been made to integrate inspectional supervision into the act together with other elements of preventing specific threats.

However, the regulation of detecting and preventing specific threats has remained as the core of the concept, and we can agree with the critics that the density of the regulation of inspectional state supervision in the OPA (even after its supplementation with the implementing act) is rather low. This can be partially overcome through reliance on the general provisions on administrative proceedings as set forth in the Administrative Procedure Act[*31], but this option is clearly limited. A rational kernel of the criticism can certainly be found in the fact also that we must not overdo the unification of law-enforcement law if that means sacrificing the necessary and distinctive features of special fields to abstraction.

Kommenteeritud väljaanne ['Code of Criminal Procedure, Commented Edition']. Tallinn: Juura 2012, pp. 305–306 (in Estonian).

29 See the explanatory memorandum on the draft AAA OPA (Note 8), p. 10 *ff*.

30 Opinion of the Supreme Court on the AAA OPA draft (Note 15), p. 2 *ff*.

31 Haldusmenetluse seadus. – RT I, 2001, 58, 354; RT I 23.2.2011, 3 (in Estonian).

5. Conclusions

In highlighting certain points of contention, the discussion above is meant only to clarify the current state of the debate. The limited length of this article does not permit their analysis in more depth, much less the fleshing out of any clear opinion. A definitive answer to many of these questions can arise only out of the constitutional review practice of the Supreme Court, once the OPA enters into force in its present basic form.

In the application of the parts of the PBGA, effective since 2010, that are related to law-enforcement procedure, the fears associated with the ability of police officers to understand the new act of law properly and apply the broader right of discretion correctly have so far not been validated, at least as far as the author of this article is aware. The training provided has certainly played a part in this.

I tend to believe that, regardless of the problems, the elaboration of the OPA has, all in all, been quite a useful experience for the development of the Estonian legal system and legal science, even if only for the fact that it has provided, and continues to provide, an opportunity to debate and shape clear views on some questions of fundamental importance to the construction of the legal system, such as those of the relationship between prevention and repression, the involvement of persons in private law in the performance of the core functions of the state, and the feasibility and limits of our legal tradition versus the reception of foreign law. The positions clarified in relation to the OPA may well prevent the same arguments from arising in the future.

It is also clear that the realisation of the reform—in whichever form it finally takes—will not lead Estonian law-enforcement law into a situation wherein we could neglect to advance it for a longer time. The rapidly changing security environment, with new threats and risks, has made police and law-enforcement law a rapidly developing part of administrative law in several European countries over the past few decades. To see that development, one need only take a look at the changes that have taken place in German and Nordic law, for example. Estonian law cannot be an exception. It must increasingly follow the general tendencies as European integration continues to deepen. A proactive and preventive approach, data processing, and the use of technological advancements are keywords whose importance in our law-enforcement law will most likely continue to grow. Some of its questionable aspects notwithstanding, the OPA is equipped to serve as a foundation for these developments.[*32]

[32] For example, R. Poscher. Eingriffsschwellen im Recht der inneren Sicherheit ['Legal thresholds for imposing security measures in internal security law']. – *Die Verwaltung* 2008/3, pp. 345–373 (in German); E. Husabø. Counterterrorism and the expansion of proactive police powers in the Nordic states. – *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 2013/1, pp. 3–23. – DOI: http://dx.doi.org/10.1080/14043858.2013.773759.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.09

Friedrich Schoch

Prof. Dr. jur.
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts

I. Einführung in die Thematik

Die „Determinanten der modernen Staatsverwaltung" – so die Thematik des V. Abschnitts unseres Tagungsthemas „Anfänge der modernen Staatsverwaltung" – müssen die europäische Perspektive einbeziehen, wollen sie nicht defizitär sein. Aus juristischer Sicht zwingt dies zu einer Analyse der Europäisierung der innerstaatlichen Rechtsordnung. Treffend ist dieser (noch lange nicht abgeschlossene) Prozess[*1] als ein „Fundamentalvorgang" charakterisiert worden: die Verwandlung einer autonomen Rechtsordnung in die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates.[*2]

1. Omnipräsenz des Unionsrechts

Dieser Vorgang ist umfassend angelegt. Er umgreift nicht nur einzelne Rechtsgebiete (z.B. Wettbewerbsrecht, Verbraucherschutzrecht, Umweltrecht), sondern die gesamte Rechtsordnung (Zivilrecht, Staats- und Verwaltungsrecht, Strafrecht).[*3] Die Europäisierung der innerstaatlichen Rechtsordnung erfasst zudem alle Dimensionen des Rechts: Rechtsetzung und Rechtsanwendung sind angesprochen, Gesetzgebung sowie Verwaltung und Rechtsprechung sind betroffen, Inhalte des Rechts und Methoden des Rechts werden herausgefordert, das Recht als Instrument und das Recht in seinem Selbststand (gegenüber der Politik) werden aufgerufen, unterschiedliche Rationalitäten im Rechtsverständnis prallen aufeinander.[*4]

In der Sache konzentrieren sich die nachfolgenden Überlegungen auf das Allgemeine Verwaltungsrecht sowie auf das Verwaltungsverfahrensrecht und das Verwaltungsprozessrecht. Auf diesen Rechtsgebieten lassen sich signifikante Europäisierungsmuster nachweisen und bemerkenswerte Eigenrationalitäten des EU-Rechts aufzeigen. Der Zugriff auf die erwähnten Materien dient zugleich der Begrenzung des Rechtsstoffes und erleichtert die Verständigung, da Spezifika des Besonderen Verwaltungsrechts[*5] ausgeblendet bleiben.

---

1 Eine Chronologie der Europäisierung des innerstaatlichen Rechts bietet A. K. Mangold. Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Tübingen: Mohr Siebeck 2011, S. 187 *ff*.

2 R. Wahl. Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte. Berlin: de Gruyter 2006, S. 94 *ff*.

3 Überblick dazu bei F. Schoch. Impulse des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die Fortentwicklung der innerstaatlichen Rechtsordnung. – Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (VBlBW) 2003, S. 297 *ff*.

4 Näher dazu U. Mager. Entwicklungslinien des Europäischen Verwaltungsrechts. – P. Axer u.a. (Hrsg.). Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase. – Die Verwaltung Beiheft 2010/10, S. 11 *ff*.; W. Kahl. Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee. – *Ibid*., S. 39 *ff*.; O. Lepsius. Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts. – *Ibid*., S. 179 *ff*.

5 Umfassende Darstellung einzelner Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts in den Einzelbeiträgen der §§ 16 *ff*. in R. Schulze, M. Zuleeg, S. Kadelbach (Hrsg.). Europarecht. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2010 und in P. Terhechte (Hrsg.). Verwaltungsrecht der Europäischen Union. Baden-Baden: Nomos 2011.

2. Begriff und Funktion der „Europäisierung"

Der Begriff „Europäisierung" des Rechts wird hier in einem engen Sinne[*6] verstanden und meint den Prozess fortschreitender Beeinflussung, Wandlung und Überformung eines Rechtsgebietes durch die Rechtsmassen des EU-Rechts und durch das in ihnen wirksame Rechtsdenken.[*7] Unberücksichtigt bleibt das Recht der EMRK. Keine Beachtung finden auch die ebenenübergreifenden Verwaltungsstrukturen zwischen europäischen und mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden, wie sie etwa in der gegenseitigen Anerkennung von Verwaltungsentscheidungen und dem Handeln der Europäischen Agenturen zum Ausdruck kommen.[*8]

Die Konzentration auf die vertikale Perspektive zwischen EU-Recht und mitgliedstaatlichem Recht ist verschiedentlich als zu eng kritisiert worden. Der Begriff „Europäisierung" müsse auch auf die Rechtsbildungsprozesse im Unionsrecht erstreckt werden, damit die Einflüsse aus dem mitgliedstaatlichen Recht in das werdende EU-Recht nicht länger ausgeblendet bleiben.[*9] In der Sache muss diesem erweiterten Begriffsverständnis nicht widersprochen werden. Der juristische Wert der auf die Überformung des nationalen Verwaltungsrechts durch das Unionsrecht gerichteten Betrachtungsweise wird, wie zu zeigen sein wird, durch jenes extensive Begriffsverständnis in keiner Weise geschmälert.

Der hier gewählte Problemzugang findet eine sichere Verankerung im positiven Recht. Der Grundsatz des indirekten Vollzugs von EU-Recht ist mit dem Vertrag von Lissabon im primären Unionsrecht festgeschrieben worden[*10] und besagt, dass mitgliedstaatliche Behörden das Unionsrecht nach Maßgabe des innerstaatlichen Verwaltungs(verfahrens)rechts zur Anwendung bringen.[*11] Im Rechtsschutzverfahren obliegt die Verwaltungskontrolle dem nationalen Richter, der als „Unionsrichter" fungiert.[*12]

Grundlage dieses Konzepts ist die Verfahrensautonomie der EU-Mitgliedstaaten. Die Europäische Union hat, dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verpflichtet (Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV), für das Allgemeine Verwaltungsrecht, das Verwaltungsverfahrensrecht und das Verwaltungsprozessrecht keine generelle Regelungskompetenz. Die Vollzugs- und Kontrollinstrumente in Bezug auf das EU-Recht sind dem innerstaatlichen Recht zu entnehmen. Gesprochen wird seit jeher von der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten.[*13]

Bei einem solchen Modell sind die Risiken für die einheitliche reale Geltung des Unionsrechts geradezu systemimmanent. Der der Wahrung des Rechts (Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV) verpflichtete Europäische Gerichtshof (EuGH) hat indessen nie einen Zweifel daran gelassen, dass die einheitliche Anwendung des Unionsrechts ein Grundprinzip der Europäischen Union darstellt.[*14] Hierin findet die „Europäisierung" der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gleichsam ihre Legitimität.

---

6 Vgl. zu weiteren Europäisierungsbegriffen T. Siegel. Europäisierung des Öffentlichen Rechts. Tübingen: Mohr Siebeck 2012, Rdn. 71 *ff.*

7 Im Anschluss an E. Schmidt-Aßmann. Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts. – P. Badura (Hrsg.). Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag. München: Beck 1993, S. 513.

8 Dazu E. Schmidt-Aßmann. Perspektiven der Europäisierung des Verwaltungsrechts. – P. Axer u.a. (Hrsg.) (Fn. 4), S. 268 *ff.*

9 R. Wahl. Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen. – H.-H. Trute u.a. (Hrsg.). Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts. Tübingen: Mohr Siebeck 2008, S. 869 *ff.*; R. Wahl. Die Rechtsbildung in Europa als Entwicklungslabor. – Juristenzeitung (JZ) 2012, S. 861 *ff.* – DOI: http://dx.doi.org/10.1628/002268812802866678.

10 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (konsolidierte Fassung). – Amtsblatt der Europäischen Union (ABl. EU), 9.5.2008, C 115. Art. 291 Abs. 1: Die Mitgliedstaaten ergreifen alle zur Durchführung der verbindlichen Rechtsakte der Union erforderlichen Maßnahmen nach innerstaatlichem Recht.

11 C. Haselmann. Delegation und Durchführung gemäß Art. 290 und 291 AEUV. Berlin: Duncker & Humblot 2012, S. 171 *ff.*

12 Dazu E. Schmidt-Aßmann, W. Schenk. – F. Schoch, J.-P. Schneider, W. Bier (Hrsg.). Verwaltungsgerichtsordnung. München: Beck (Losebl.-Ausg.), Einleitung (3.2014) Rdn. 109.

13 G. C. Rodríguez Iglesias. Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts. – Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1997, S. 289; S. Kadelbach. Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss. Tübingen: Mohr Siebeck 1999, S. 110 *ff.*; aktuell zu der Thematik C. Krönke. Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Tübingen: Mohr Siebeck 2013, S. 37 *ff.*

14 Vgl. etwa EuGH, Urteil v. 14.2.2012, C-204/09, *Flachglas Torgau vs. Bundesrepublik Deutschland.* – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2012, 491 Rdn. 37; T. v. Danwitz. Europäisches Verwaltungsrecht. Berlin/Heidelberg: Springer 2008, S. 155 *ff.*: Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts als „Konstitutionsprinzip" der Rechtsordnung.

3. Mechanismen und Eigenrationalitäten des EU-Rechts

Bevor den Rechtswirkungen der Europäisierung in der innerstaatlichen Rechtsordnung nachgegangen wird, lohnt ein Blick auf allgemeine Mechanismen und Eigenrationalitäten des EU-Rechts, die den Prozess der „Europäisierung" entfachen und beschleunigen. Grundlage der Analyse ist die Anerkennung der supranationalen Qualität des Unionsrechts,[*15] das sich insoweit kategorial (und nicht nur graduell) vom überkommenen Völkerrecht unterscheidet.

Vor diesem Hintergrund haben sich die folgenden – nicht abschließend zu verstehenden – fünf Dogmen als besonders wirkungsvoll erwiesen:

- Der (grundsätzliche) Vorrang des EU-Rechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten[*16] wirkt als Anwendungsvorrang[*17] (nicht als Geltungsvorrang). Im Konfliktfall darf kollidierendes innerstaatliches Recht nicht angewendet werden.[*18]
- Die unionsrechtskonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts ist eine längst anerkannte Interpretationsmethode, die den schonenden Ausgleich zwischen der supranationalen und der innerstaatlichen Rechtsordnung herstellt.[*19] Am geläufigsten ist der Unterfall der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts.[*20]
- Die unmittelbare Wirkung (unmittelbare Anwendung) von Normen des Unionsrechts im innerstaatlichen Rechtskreis gehört auch jenseits der Grundfreiheiten mittlerweile zu den juristischen Selbstverständlichkeiten. Dazu zählt insbesondere die vom Gerichtshof gegen das positive Recht (Art. 288 Abs. 3 AEUV, zuvor Art. 249 Abs. 3 EGV) durchgesetzte unmittelbare Wirkung von (an die Mitgliedstaaten adressierten) Richtlinien.[*21]
- Der Äquivalenzgrundsatz und der Effektivitätsgrundsatz setzen der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten in den von der Europäischen Union mangels Rechtsetzungskompetenz nicht geregelten Bereichen Grenzen.[*22] Ein geradezu unerschöpflicher „Speicher" für unendlich viele Deduktionen ist der Effektivitätsgrundsatz, wonach mitgliedstaatliche Verfahren die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen.[*23]
- Die vom Gerichtshof seit einiger Zeit postulierte Kohärenz im europäischen Rechts(schutz)system[*24] setzt dem vertragsrechtlichen Gebot der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1,

15 Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Urteil v. 30.6.2009, 2 BvE 2/08. – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE) 123, 267 (348 *f.*, 356 *f.*, 364, 379, 381).

16 Näher dazu D. Ehlers. Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts. – Juristische Ausbildung (Jura) 2011, S. 187 *ff.*; M. Polzin. Das Rangverhältnis von Verfassungs- und Unionsrecht nach der neuesten Rechtsprechung des BVerfG. – Juristische Schulung (JuS) 2012, S. 1 *ff.* Zu möglichen Ausnahmen D. Ehlers, A. Eggert. Zur Zulässigkeit einer zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts. – JZ 2008, S. 585 *ff.*

17 BVerfG, Urteil v. 7.9.2011, 2 BvR 987/10 u.a. – BVerfGE 123, 267 (400) anerkennt „das Institut des Anwendungsvorrangs" als Produkt der Rechtsprechung des EuGH.

18 Aus der Praxis z.B. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil v. 16.5.2013, 5 C 22.12. – Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, 2919 (2921): Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Regelung zur Ausbildungsförderung bei einem Auslandspraktikum mit dem unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht (Art. 20 Abs. 2 lit. a, 21 Abs. 1 AEUV) führt mangels einer möglichen unionsrechtskonformen Auslegung zu einem Anwendungsverbot des § 5 Abs. 5 S. 1 Hs. 2 Bundesausbildungsförderungsgesetz.

19 M. Brenner. Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union. Tübingen: Mohr Siebeck 1996, S. 92 *f.*; vgl. ferner J. Antweiler. Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Frankfurt a. Main: Lang 1997, S. 74 *ff.*

20 Nach BVerfG, Beschluss v. 26.9.2011, 2 BvR 2216/06 u.a. – NJW 2012, 669, verpflichtet der aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgende Grundsatz der Unionstreue alle mitgliedstaatlichen Stellen zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts (Rdn 46); Grenzen ergäben sich aus „dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten", so dass „eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem" ausscheide (Rdn. 47).

21 Vgl. etwa (mit weiteren Nachweisen (m.w.N.) zu seiner Rechtsprechung) EuGH, Urteil v. 12.7.2012, C-55/11, C-57/11, C-58/11, *Vodafone España und France Telecom España.* – NVwZ 2012, 1303 Rdn. 37: Der Einzelne kann sich „in all den Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor den nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen, wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat".

22 Ausführlich zu der Thematik J. König. Der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Baden-Baden: Nomos 2011, S. 92 *ff.* und S. 105 *ff.*

23 Vgl. etwa (m.w.N. zu seiner Rechtsprechung) EuGH, Urteil v. 15.1.2013, C-416/10. – Zeitschrift Natur und Recht (NuR) 2013, 113 Rdn. 85.

24 EuGH, Urteil v. 6.12.2005, C-461/03. – Sammlung der Rechtsprechung (Slg.) 2005, I-10513 Rdn. 22; Darstellung und Kritik der EuGH-Rechtsprechung bei F. Schoch. Gerichtliche Verwaltungskontrollen. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann,

Abs. 2 EUV) die richterrechtliche Neigung zur Unitarisierung weiter Teile der innerstaatlichen Rechtsordnung entgegen.*[25]

Die skizzierten Mechanismen und Eigenrationalitäten des EU-Rechts, die sämtlich im Dienste der „Europäisierung" stehen, müssen als allgemeine, „vor die Klammer gezogene" Struktursicherungen verstanden werden, die auf jedem Rechtsgebiet Anwendung finden können. Die fassbaren Ergebnisse der „Europäisierung" der innerstaatlichen Rechtsordnung entstehen demnach durch eine juristische Interpretationsleistung, die strukturelle Vorgaben des EU-Rechts mit der inhaltlichen Ausrichtung nationaler Rechtsnormen auf das Unionsrecht verknüpft.

II. Allgemeines Verwaltungsrecht

Die Funktionslogik des EU-Rechts in bestimmten Anwendungsfeldern kann zunächst im (materiellen) Allgemeinen Verwaltungsrecht aufgezeigt werden.*[26] Für dieses Rechtsgebiet (als solches) hat die Europäische Union nach der geltenden Zuständigkeitsordnung keine Regelungskompetenz. Gleichwohl belegen die folgenden drei ausgewählten Beispiele die Eindringtiefe der supranationalen Rechtsordnung in den innerstaatlichen Rechtskreis.

1. Subjektives öffentliches Recht

Die Rechtsstellung des Einzelnen im Gemeinwesen wird maßgeblich durch das subjektive öffentliche Recht konstituiert. Herausragend sind insoweit die Grundrechte des nationalen Verfassungsrechts, die Grundfreiheiten des primären EU-Rechts und die Grundrechte der seit Dezember 2009 in Kraft befindlichen Europäischen Grundrechte-Charta. Im Alltag der Verwaltung dominieren indessen die subjektiven öffentlichen Rechte des Gesetzesrechts.

a) Herkömmliches deutsches Konzept

Gewonnen werden diese Rechte nach überkommener deutscher Rechtsauffassung anhand der Schutznormtheorie.*[27] Danach ist zu erforschen, ob eine Rechtsnorm (neben ihrer objektiv-rechtlichen Zwecksetzung) zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist und dem Träger des Individualinteresses die Rechtsmacht einräumt, von dem Normverpflichteten die Einhaltung der Rechtsnorm verlangen zu können.*[28] In dem Kanon von Methoden und Regeln zur Erschließung des individualschützenden Gehalts einer Norm*[29] verfügt der Richter (als Letztinterpret) über nicht unerhebliche Auslegungsspielräume. Das Ergebnis bestimmter Rechtsprechungsentwicklungen in Deutschland ist frappierend: Während z.B. der Nachbarschutz im Baurecht sukzessive ausgebaut worden ist, fristet der Konkurrentenschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht ein eher kümmerliches Dasein.*[30] In Verbundbegriffen zusammengefasste

A. Voßkuhle (Hrsg.). Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. III. 2. Aufl. München: Beck 2013, § 50 Rdn. 26 *ff.*

25 E. Schmidt-Aßmann. Kohärenz und Konsistenz des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. – Die Verwaltung 2011, S. 105 *ff.*; E. Schmidt-Aßmann. Der Kohärenzgedanke in den EU-Verträgen: Rechtssatz, Programmsatz oder Beschwörungsformel? – I. Appel, G. Hermes, C. Schönberger. Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot 2011, S. 819 *ff.*

26 Frühzeitig dazu E. Schmidt-Aßmann. Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen. – Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1993, S. 924 *ff.*; F. Schoch. Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts. – JZ 1995, S. 109 *ff.*

27 H. Bauer. Altes und Neues zur Schutznormtheorie. – Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) (113) 1988, S. 582 *ff.*; H. Bauer. Die Schutznormtheorie im Wandel. – D. Heckmann, K. Meßerschmidt (Hrsg.). Gegenwartsfragen des Öffentlichen Rechts. Berlin: Duncker & Humblot 1988, S. 113 *ff.*; J. Pietzcker. Die Schutznormlehre. – Festschrift für Josef Isensee. Heidelberg: Müller 2007, S. 577 *ff.*

28 BVerwG, Urteil v. 24.9.1998, 4 CN 2.98. – Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE) 107, 215 (220); 111, 276 (280); Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss v. 6.5.2011, 1 ME 14/11. – DVBl. 2011, 1487 (1488); Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 19.3.2009, 13 A 476/08 u.a. – NVwZ 2009, 1383.

29 E. Schmidt-Aßmann. – T. Maunz, G. Dürig (Begründer). Grundgesetz. München: Beck (Losebl.-Ausg.), Art. 19 Abs. 4 (2003) Rdn. 128.

30 Die jeweilige Rechtsprechungsentwicklung ist nachgezeichnet bei F. Schoch. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 24), § 50 Rdn. 140 *ff.*

aggregierte Individualinteressen (z. B. „Verbraucherschutz") finden nach überkommener Doktrin keine subjektivrechtliche Anerkennung.[*31]

b) Funktionale Subjektivierung nach Europarecht

Die Funktionslogik des EU-Rechts folgt im vorliegenden Zusammenhang dem Konzept der funktionalen Subjektivierung; der Einzelne wird in den Dienst einer wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts gestellt und damit in die dezentrale Vollzugskontrolle einbezogen.[*32] Individuelle Rechte werden bereits dann anerkannt, wenn und soweit eine Rechtsnorm auf die Verleihung von Rechten an den Einzelnen zielt.[*33] Damit lehnt auch das Europarecht einen allgemeinen Normvollziehungsanspruch ab und rezipiert die Schutznormtheorie als Strukturmodell für die Unterscheidung zwischen individuellen Berechtigungen und Allgemeininteressen.[*34] Inhaltlich erfolgt jedoch eine Ausweitung sowohl in Bezug auf den Schutzgegenstand als auch auf den geschützten Personenkreis, indem die normative Bündelung von Einzelinteressen die individuelle Berechtigung nicht entfallen lässt.

So genügt im Umweltrecht der Schutz der „Volksgesundheit" bzw. „öffentlichen Gesundheit" für die Bejahung der individualschützenden Wirkung einer Rechtsnorm,[*35] im Verbraucherschutzrecht werden individuelle Rechte bereits anerkannt, wenn der Rechtsakt auf den Schutz der „Verbraucher(schaft)" zielt.[*36] Die aktuelle rechtswissenschaftliche Diskussion rankt – bei Anerkennung der funktionalen Subjektivierung – darum, ob der Schutz personaler Rechtsgüter Voraussetzung für die individualschützende Wirkung einer Rechtsnorm ist[*37] oder ob eine Erweiterung der Schutznormtheorie angezeigt ist, die auch die Ermächtigung zur individuellen Durchsetzung öffentlicher Interessen umfasst.[*38] Die praktischen Konsequenzen der Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts zeigen sich vor allem auf dem Gebiet des Verwaltungsprozessrechts im Rahmen der Klagebefugnis.

2. Rücknahme von Verwaltungsakten

Als Handlungsform der Verwaltung kommt dem Verwaltungsakt im Verhältnis des Staates zum Einzelnen eine wichtige stabilisierende Wirkung zu. Im Falle der Bestandskraft ist der Verwaltungsakt die Grundlage für den Vertrauensschutz des Individuums in die Beständigkeit der staatlichen Entscheidung. Beim begünstigenden, aber rechtswidrigen Geldleistungsbescheid kollidieren der Vertrauensschutz des Begünstigten und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Nach deutschem Recht ist die zuständige Behörde an der Rücknahme des Verwaltungsakts gehindert, wenn sich der Vertrauensschutz unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen (§ 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, Abs. 4 VwVfG) durchsetzt.

a) Wettbewerbsrecht versus Vertrauensschutz

Im Falle europarechtswidriger staatlicher Beihilfen (Subventionen), insbesondere wegen Verstoßes gegen Art. 108 Abs. 2 und 3 AEUV (zuvor Art. 88 Abs. 2 und 3 EGV), erfolgen die Rücknahme des Bewilligungsbescheids und die Rückforderung der Geldleistung mangels europarechtlicher Befugnisnormen nach nationalem Recht. Zu beachten ist indes das europarechtliche Effektivitätsgebot. Auf dieser Grundlage hat das

31 R. Wahl. – F. Schoch, J.-P. Schneider, W. Bier (Hrsg.) (Fn. 12), Vorb. § 42 Abs. 2 Rdn. 55 *ff.*

32 J. Masing. Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.). Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. I. 2. Aufl. München: Beck 2012, § 7 Rdn. 91 *ff.*

33 EuGH, Urteil v. 17.10.1991, C-58/89. – Slg. 1991, I-4983 Rdn. 14 (auch in: NVwZ 1992, 459 Rdn. 14); EuGH, Urteil v. 8.10.1996, C-178/94 u.a.. – Slg. 1996, I-4845 (auch in: NJW 1996, 3141 Rdn. 37 *ff.*); EuGH, Urteil v. 17.4.2007, C-470/03. – Slg. 2007, I-2749 Rdn. 78 und 79 (auch in: EuZW 2007, 480 Rdn. 78 und 79; NVwZ 2007, 1282 Rdn. 78 und 79).

34 G. C. Rodríguez Iglesias. Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung. – NJW 1999, S. 7 bemerkt, der EuGH habe die Schutznormtheorie übernommen.

35 EuGH, Urteil v. 25.7.2008, C-237/07, *Janecek*. – Slg. 2008, I-6221 Rdn. 37 und 38 (auch in: EuZW 2008, 573 Rdn. 37 und 38; NVwZ 2008, 948 Rdn. 37 und 38 mit Zusammenfassung der bisherigen Judikatur).

36 EuGH, C-178/94 u.a. (Fn. 33), Rdn. 36, 41. Gegenbeispiel: EuGH, Urteil v. 12.10.2004, C-222/02. – Slg. 2004, I-9425 (auch in: EuZW 2004, 689 (m. Bespr. Häde EuZW 2005, 39); NJW 2004, 3479): kein Schutz der Einleger im Bankenaufsichtsrecht.

37 F. Schoch. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 24), § 50 Rdn. 159 *f.*

38 M. Hong. Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsrechtsraum. – JZ 2012, S. 384 *ff.*

nationale Recht (§§ 48, 49a VwVfG) durch die Rechtsprechung des EuGH eine komplette supranationale Durchdringung erfahren:[*39]

- Die nach deutschem Recht bestehende gesetzliche Vermutung für den Vertrauensschutz nach dem Verbrauch der gewährten Leistung durch den Begünstigten (§ 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG) wird durch das Europarecht widerlegt.
- Die Jahresfrist für die Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsakts (§ 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG) wird durch das supranationale Recht derogiert, weil andernfalls die Rückforderung der Beihilfe (Subvention) praktisch unmöglich werden könnte.
- Das Rücknahmeermessen der Behörde (§ 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG) wird europarechtlich nicht anerkannt, weil bei einer Ermessensbetätigung zu Gunsten des Begünstigten der Rechtsgrund für die erlangte Geldleistung bestehen bliebe und ein staatlicher Rückforderungsanspruch daher nicht durchsetzbar wäre.
- Nach erfolgter Rücknahme des Bewilligungsbescheids ist gegenüber dem Rückforderungsanspruch des Staates der Entreicherungseinwand des Begünstigten (§ 49a Abs. 2 VwVfG) europarechtlich abgeschnitten.

b) Instrumentelle Funktion des nationalen Verwaltungsrechts

Im Ergebnis führen die Einwirkungen des Unionsrechts auf das nationale Recht zu einer Denaturierung der §§ 48, 49a VwVfG.[*40] Das innerstaatliche (deutsche) Recht hat seinen Eigenwert verloren und steht nur noch in der Pflicht, die unionsrechtlichen Vorgaben zu vollziehen.[*41] An diesem Effekt der „Europäisierung" hat sich auch nach Erlass der europäischen Beihilfeverordnung[*42] nichts geändert.[*43] Schon zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt muss sich das Unionsrecht mit dem Ziel einer Rückforderung rechtswidriger staatlicher Beihilfen durchsetzen.[*44] Das BVerwG hat die Judikatur des EuGH rezipiert.[*45] Das BVerfG hat festgestellt, die Vorgaben des Europarechts verstießen nicht gegen innerstaatliche Grundsätze des Vertrauensschutzes.[*46] Vertrauensschutz gegenüber der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte und der Rückforderung von zu Unrecht gewährten öffentlichen Geldleistungen findet nurmehr nach Maßgabe europarechtlicher Standards („Gutgläubigkeit" des Begünstigten) statt.[*47]

---

39 EuGH, Urteil v. 20.3.1997, C-24/95, *Alcan II*. – Slg. 1997, I-1591 (auch in: EuZW 1997, 276 (m. Anm. Hoenike); EuR 1997, 148 (m. Anm. Berrisch); NVwZ 1998, 45 (m. Bespr. Happe, NVwZ 1998, 26); JZ 1997, 722 (m. Anm. Classen)); bestätigend EuGH, Urteil v. 16.7.1998, C-298/96, *Oelmühle Hamburg*. – Slg. 1998, I-4767 (auch in: EuZW 1998, 603); EuGH, Urteil v. 3.7.2001, C-378/98. – Slg. 2001, I-5107 (auch in: EuZW 2001, 565; NVwZ 2002, 195).

40 So treffend D. Ehlers. Europäisches Recht und Verwaltungsrecht. – H.-U. Erichsen, D. Ehlers (Hrsg.). Allgemeines Verwaltungsrecht. 14. Aufl. Berlin: de Gruyter 2010, § 5 Rdn. 46.

41 Strukturell findet eine Durchbrechung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten auf Grund des Effektivitätsgrundsatzes statt; ausführliche Analyse dazu bei C. Krönke (Fn. 13), S. 246 *ff.*, 267 *ff.*

42 Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 22. März 1999. – ABl. Nr. L 83/1; zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 517/2013. – ABl. Nr. L 158/1; die Rückforderung von Beihilfen ist in Art. 14 geregelt, der allerdings nur das Verhältnis zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten betrifft, so dass sich die Rückforderung von Beihilfen gegenüber dem Begünstigten nach wie vor nach innerstaatlichem Recht richtet.

43 Vgl. nur z.B. EuGH, Urteil v. 12.12.2002, C-209/00. – Slg. 2002, I-11695 (auch in: EuZW 2003, 110; NVwZ 2003, 338); EuGH, Urteil v. 5.10.2006, C-232/05. – Slg. 2006, I-10097 (auch in: EuZW 2007, 56 (m. Anm. Rosenfeld)); EuG, Urteil v. 12.9.2007, T-196/02, *MTU Friedrichshafen*. – Slg. 2007, II-505 (auch in: EuZW 2007, 613); EuGH, Urteil v. 20.5.2010, C-210/09, *Scott SA*. – Slg. 2010, I-4615 (auch in: EuZW 2010, 585).

44 Das gilt auch, wenn die unionsrechtswidrige Beihilfe durch einen privatrechtlichen Vertrag gewährt worden ist; Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss v. 13.9.2012, III ZB 3/12. – NVwZ-Rechtsprechungsreport 2012, 960 (963).

45 BVerwG, Urteil v. 23.4.1998, 3 C 15–97. – BVerwGE 106, 328 (auch in: NJW 1998, 3728).

46 BVerfG, Beschluss v. 17.2.2000, 2 BvR 1210/98. – EuZW 2000, 445 (auch in: NJW 2000, 2015 (m. Bespr. Gündisch, NVwZ 2000, 1125); Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.) 2000, 655 (m. Anm. Lindner und Bausback)).

47 EuGH, Urteil v. 21.7.2007, C-158/06, *Stichting RoM-projecten*. – Slg. 2007, I-5103 Rdn. 24 *ff.* (auch in: EuZW 2007, 438 Rdn. 24 *ff.*); kritisch V. Götz. Der knapp bemessene Vertrauensschutz bei der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen. – Die Ordnung der Freiheit. Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen: Mohr Siebeck 2007, S. 555 *ff.*

3. Staatshaftung

a) Haftungsgrundlagen im deutschen Recht

Nach deutschem Rechtsverständnis ist die Staatshaftung dem Allgemeinen Verwaltungsrecht zuzuordnen.*[48] Den Kern des Staatshaftungsrechts bildet seit über 100 Jahren die Amtshaftung;*[49] danach hat der Staat (bzw. eine seiner Untergliederungen) den einem Dritten entstandenen Schaden zu ersetzen,*[50] wenn dieser Schaden auf einer schuldhaften Verletzung einer dem Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht durch einen Beamten (bzw. sonstigen öffentlichen Bediensteten) beruht.*[51]

Ergänzt wird die Amtshaftung insbesondere durch die Haftungsinstitute des enteignungsgleichen Eingriffs und des enteignenden Eingriffs.*[52] Gehaftet wird danach für den rechtswidrigen bzw. rechtmäßigen hoheitlichen Eingriff in eine eigentumsrechtlich geschützte (Vermögens-)Position des Geschädigten (mit der Folge eines „Sonderopfers" für die Allgemeinheit); Verschulden ist nicht erforderlich, zu leisten ist allerdings nur eine Entschädigung (und nicht der volle Schadenersatz).*[53]

b) Indienststellung der Staatshaftung für die Durchsetzung des Unionsrechts

Dieser „Sekundärrechtsschutz" hat bei Verstößen eines EU-Mitgliedstaates gegen das Unionsrecht eine vollständige europarechtliche Überformung erfahren. In ständiger Rechtsprechung hebt der Gerichtshof hervor, dass ein europarechtlicher Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, dem System der Unionsverträge innewohne und die Staatshaftung unter folgenden Voraussetzungen auslöse:*[54]

(1) Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt die Verleihung von Rechten an den Geschädigten.
(2) Der Verstoß gegen diese Norm ist hinreichend qualifiziert.*[55]
(3) Zwischen diesem Rechtsverstoß und dem dem Geschädigten entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.

Die Anwendung dieser Voraussetzungen für die Staatshaftung obliegt den nationalen Gerichten.*[56]

---

48 Vgl. B. Grzeszick. Staatshaftungsrecht. – H.-U. Erichsen, D. Ehlers (Hrsg.) (Fn. 40), § 43.

49 § 839 Abs. 1 S. 1 BGB: „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen." Art. 34 S. 1 GG: „Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht."

50 Die Haftung erfolgt durch Geldersatz (nicht: Naturalrestitution); BGH, Beschluss v. 19.12.1960, GSZ 1/60. – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ) 34, 99 (104); BGH, Urteil v. 9.10.1997, IIIZR4/97. – BGHZ 137, 11 (26).

51 Ausführlich dazu F. Ossenbühl, M. Cornils. Staatshaftungsrecht. 6. Aufl. München: Beck 2013, S. 11 *ff.*

52 Grundlegend zur Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff BGH, Urteil v. 26.1.1984, III ZR 216/82. – BGHZ 90, 17 und BGH, Urteil v. 28.6.1984, III ZR 35/83. – BGHZ 92, 34; ferner z.B. BGH, Urteil v. 9.12.2004, III ZR 263/04. – BGHZ 161, 305. Zur Haftung aus enteignendem Eingriff BGH, Urteil v. 29.03.1984, III ZR 11/83. – BGHZ 91, 20 und BGH, Urteil v. 23.05.1985, III ZR 39/84. – BGHZ 94, 373; ferner z.B. BGH, Urteil v. 19.1.2006, III ZR 121/05. – BGHZ 166, 37 (auch in: NVwZ 2006, 1086).

53 Einzelheiten dazu bei F. Ossenbühl, M. Cornils (Fn. 51), S. 259 *ff.* (enteignungsgleicher Eingriff) und S. 325 *ff.* (enteignender Eingriff).

54 Grundlegend EuGH, Urteil v. 19.11.1991, C-6/90 und 9/90, *Francovich.* – Slg. 1991, I-5403 Rdn. 40 (auch in: EuZW 1991, 758 Rdn. 40; NJW 1992, 165 Rdn. 40); ferner EuGH, Urteil v. 5.3.1996, C-46/93 und 48/93, *Brasserie du Pêcheur.* – Slg. 1996, I-1029 Rdn. 51 (auch in: EuZW 1996, 205 Rdn. 51; NJW 1996, 1267 Rdn. 51); aus jüngerer Zeit z.B. EuGH, Urteil v. 24.3.2009, C-445/06, *Danske Slagterier.* – Slg. 2009, I-2168 Rdn. 20 (auch in: EuZW 2009, 384; NVwZ 2009, 771 Rdn. 20); EuGH, Urteil v. 26.1.2010, C-118/08, *Transportes Urbanos.* – Slg. 2010, I-635 Rdn. 30; EuGH, Urteil v. 14.3.2013, C-420/11, *Leth.* – NVwZ 2013, 565 Rdn. 41.

55 Voraussetzung hierfür ist, „dass der Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat", so EuGH, Urteil v. 17.4.2007, C-470/03, *A.G.M.-COS.MET.* – Slg. 2007, I-2749 Rdn. 80 (auch in: EuZW 2007, 480 Rdn. 80; NVwZ 2007, 1282 Rdn. 80); Indikatoren hierfür sind unter anderem „das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, die Frage, ob der Verstoß oder der Schaden vorsätzlich begangen bzw. zugefügt wurde oder nicht, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums und der Umstand, dass das Verhalten eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen hat, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise eingeführt oder aufrechterhalten wurden", so EuGH, Urteil v. 4.7.2000, C-424/97, *Salomone Haim.* – Slg. 2000, I-5123 Rdn. 23 (auch in: EuZW 2000, 733 Rdn. 43; NVwZ 2001, 903 Rdn. 43).

56 EuGH, Urteil v. 28.2.2008, C-446/06. – Slg. 2006, I-11753 Rdn. 210; EuGH, Urteil v. 14.3.2013, C-420/11, *Leth.* – NVwZ 2013, 565 Rdn. 43.

Entwicklungsgeschichtlich stellt die richterrechtliche Kreation eines europarechtlichen Staatshaftungsanspruchs eine Reaktion auf die unterbleibende bzw. unzureichende oder verspätete Umsetzung von Richtlinien durch die Mitgliedstaaten dar; der Haftungsanspruch zielt danach auf die Sicherstellung der Wirksamkeit des Unionsrechts.[*57] Außerdem stellt der Gerichtshof mit seiner Rechtsschöpfung eine Kohärenz des Sekundärrechtsschutzes mit der außervertraglichen Haftung der Europäischen Union[*58] her.[*59] Bemerkenswert sind etliche „punktgenaue" Vorgaben des Gerichtshofs, die aus deutscher Sicht einige Voraussetzungen der Staatshaftung gleichsam außer Kraft setzen:

- Eine Staatshaftung besteht entgegen der deutschen Rechtstradition auch für legislatives Unrecht.[*60]
- Gehaftet wird ebenfalls für Verstöße der rechtsprechenden Gewalt gegen das Unionsrecht;[*61] ein „Richterprivileg"[*62] gibt es nicht.
- Verschulden ist bei der Staatshaftung wegen Missachtung des EU-Rechts keine Haftungsvoraussetzung.[*63]
- Die Ersatzpflicht des Staates hängt nicht von der Verletzung eines bestimmten Rechtsguts (Eigentum) ab.[*64]
- Zu dem ersatzfähigen Schaden gehört auch der entgangene Gewinn.[*65]

Die „Europäisierung" weist dem nationalen Staatshaftungsrecht eine primär instrumentelle Funktion zu; es verliert seinen Eigenwert und dient in erster Linie der Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Haftung des Mitgliedstaates im Falle schadensverursachender EU-Rechtsverstöße.[*66]

III. Verwaltungsverfahrensrecht

Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts darf das Verwaltungsverfahrensrecht nicht ausgeblendet bleiben. Auch wenn sich allzu pauschale und holzschnittartige Darstellungen verbieten,[*67] können ausgewählte Bereiche doch die unterschiedlichen Rationalitäten des deutschen Rechts und des Unionsrechts verdeutlichen.

---

57 EuGH, Urteil v. 5.3.1996, C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*. – Slg. 1996, I-1029 Rdn. 39 (auch in: EuZW 1996, 205 Rdn. 39; NJW 1996, 1267 Rdn. 39); A. K. Mangold (Fn. 1), S. 135 *ff.*

58 Art. 340 Abs. 2 AEUV: „Im Bereich der außervertraglichen Haftung ersetzt die Union den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind."

59 Ausdrücklich betont von EuGH, Urteil v. 5.3.1996, C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*. – Slg. 1996, I-1029 Rdn. 29 (auch in: EuZW 1996, 205 Rdn. 29; NJW 1996, 1267 Rdn. 29 (Anknüpfung an die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft) und Rdn. 33 (einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts als Grunderfordernis der Gemeinschaftsrechtsordnung)). Analyse und Kritik zur Rechtsfortbildung seitens des EuGH bei W. Höfling. Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 24), § 51 Rdn. 54 *ff.*

60 EuGH, C-46/93 und C-48/93 (Fn. 59), Rdn. 32 *ff.*

61 EuGH, Urteil v. 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*. – Slg. 2003, I-10239 Rdn. 31 *ff.* (auch in: EuZW 2003, 718 Rdn. 31 *ff.*; NJW 2003, 3539 Rdn. 31 *ff.*; NVwZ 2004, 79 Rdn. 31 *ff.*); dazu J. Gundel. Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht. – Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 2004, S. 8; P. E. Sensburg. Staatshaftung für judikatives Unrecht. – NVwZ 2004, S. 179; F. Kremer. Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht durch letztinstanzliche Gerichte. – NJW 2004, S. 480; B. W. Wegener, S. Held. Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte. – Jura 2004, S. 479; seine Rechtsprechung bestätigend EuGH, Urteil v. 13.6.2006, C-173/03, *Traghetti*. – Slg. 2006, I-5204 Rdn. 30 *ff.* (auch in: EuZW 2006, 561 Rdn. 30 *ff.* (m. Anm. Seegers); NJW 2006, 3337 Rdn. 30 *ff.*).

62 § 839 Abs. 2 BGB: „Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung." Zum Übergang der Haftung auf den Staat durch Art. 34 S. 1 GG vgl. oben Fn. 49.

63 EuGH (Fn. 59), Rdn. 75 *ff.*

64 EuGH, Urteil v. 17.4.2007, C-470/03, *A.G.M.-COS.MET*. – Slg. 2007, I-2749 Rdn. 94 (auch in: EuZW 2007, 480 Rdn. 94; NVwZ 2007, 1282 Rdn. 94).

65 EuGH, C-46/93 und C-48/93 (Fn. 59), Rdn. 87; EuGH, C-470/03 (Fn. 64), Rdn. 95.

66 G. Meier. Zur Schadensersatzpflicht der Bundesrepublik Deutschland für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht. – NVwZ 1996, S. 661.

67 W. Kahl. 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts. – NVwZ 2011, S. 451.

1. Der Verfahrensgedanke im Verwaltungsrecht

Ausgangspunkt der Überlegungen ist der unterschiedliche Stellenwert, der dem verfahrensrechtlichen Denken in den beiden Rechtsordnungen beigemessen wird. Dabei handelt es sich keineswegs nur um rechtswissenschaftliche Zuschreibungen; entscheidende Prägungen gehen von der Rechtsprechung aus.[*68]

a) „Dienende Funktion" des Verwaltungsverfahrens im deutschen Recht

Nach vorherrschendem deutschem Rechtsverständnis ist das Verwaltungsrecht primär materiellrechtlich ausgerichtet. Dem Verwaltungsverfahrensrecht wird demgegenüber eine nachrangige Bedeutung zuerkannt.[*69] Ausdrücklich spricht die Rechtsprechung davon, das Verwaltungsverfahren nehme im Verhältnis zum materiellen Verwaltungsrecht eine „dienende Funktion" wahr.[*70] Das Verwaltungsverfahren(srecht) fungiert in erster Linie als Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts.[*71] Die Idee der inhaltlichen Richtigkeitsgewähr – auch – durch ein ordnungsgemäß durchgeführtes Verwaltungsverfahren tritt zurück.[*72] Das Verfahren ist danach von begrenztem Wert.[*73]

Dieses Denken findet in Deutschland im positiven Recht einen signifikanten Niederschlag:

- Behördliche Verfahrenshandlungen sind grundsätzlich gerichtlich nicht angreifbar; Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen können nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden, es sei denn, behördliche Verfahrenshandlungen können vollstreckt werden oder ergehen gegen einen Nichtbeteiligten.[*74]
- Verfahrensfehler, die nicht zur Nichtigkeit der Verwaltungsentscheidung führen, können geheilt werden; die dafür notwendigen Handlungen kann die Behörde auch noch während eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz nachholen.[*75]
- Eine Verletzung von Verfahrensvorschriften ist im Ergebnis unbeachtlich, wenn offensichtlich ist, dass der Rechtsverstoß die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat.[*76]

Diese drei Beispiele aus dem positiven Recht verdeutlichen, dass das deutsche Verwaltungsrecht die Ergebnisrichtigkeit in der Sache anstrebt und der Verfahrensrichtigkeit in diesem Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle zuweist.

---

68 Vgl. die Rechtsprechungsanalyse von J. Kersten. Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung der Jahre 2004-2012. – Die Verwaltung (46) 2013, S. 87 *ff*. – DOI: http://dx.doi.org/10.3790/verw. 1.8746.

69 R. Wahl. Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht. – DVBl. 2003, S. 1287 *f.*; K.-P. Dolde. Verwaltungsverfahren und Deregulierung. – NVwZ 2006, S. 858.

70 BVerwG, Urteil v. 15.1.1982, 4 C 26/78. – BVerwGE 64, 325 (333 *f.*); BVerwG, Urteil v. 29.4.1993, 7 A 2/92. – BVerwGE 92, 258 (263); BVerwG, Urteil v. 10.10.2002, 6 C 8/01. – BVerwGE 117, 93 (104); BVerwG, Urteil v. 24.11.2011, 9 A 23/10. – BVerwGE 141, 171 (173); vgl. ferner M. Burgi. Die dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens: Zweckbestimmung und Fehlerfolgenrecht in der Reform. – DVBl. 2011, S. 1317 *ff*.

71 R. Wahl. Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag. – Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) (41) 1983, S. 153 *ff*.

72 Demgegenüber „dienende Funktion" und „Eigenwert" des Verwaltungsverfahrens in ein ausgewogenes Zuordnungsverhältnis setzend E. Gurlit, M. Fehling. Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht. – VVDStRL (70) 2011, S. 227 *ff*. und S. 278 *ff*.

73 J. Pietzcker. Wie weit trägt der Verfahrensgedanke? – Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel: Festschrift für Dieter H. Scheuing. Baden-Baden: Nomos 2011, S. 374 *ff*.

74 § 44a VwGO; dazu BVerwG, Urteil v. 10.2.1999, 11 A 21–98. – NJW 1999, 1729 und BVerwG, Urteil v. 30.1.2002, 9 A 20.01. – DVBl. 2002, 1118; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss v. 4.12.2012, 7 ZB 12.1816. – BayVBl. 2013, 308; zu einem Ausnahmefall BVerwG, Urteil v. 1.9.2009, 6 C 4/09. – BVerwGE 134, 368 (auch in: NVwZ 2009, 1558).

75 § 45 VwVfG; zur Bauleitplanung vgl. § 214 Abs. 4 Baugesetzbuch.

76 § 46 VwVfG; zur Bauleitplanung vgl. § 214 Abs. 1 Baugesetzbuch.

b) Eigenwert des Verwaltungsverfahrens im Unionsrecht

In europarechtlicher Perspektive ist dem Verwaltungsverfahren(srecht) eine eigenständige Funktion zugewiesen. Gleichberechtigt werden zwei Funktionen erfüllt; das Verfahren dient der Verwaltung als Instrument der Rechtsverwirklichung und zugleich als Schutz der Rechte des Einzelnen, es hat demnach auch einen Eigenwert.[*77]

Das bedeutet nicht, dass dem Unionsverwaltungsrecht die Heilung oder die Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern prinzipiell fremd wäre.[*78] Aber die Voraussetzungen sind andere als im deutschen Verwaltungsrecht. So kommt z. B. die Fehlerheilung nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens grundsätzlich nicht in Betracht.[*79] Dem liegt die Erwägung zu Grunde, dass nach Beginn des gerichtlichen Verfahrens nicht mehr alle Optionen im Sinne einer realen Fehlerheilung seitens der Verwaltung bestehen.[*80] Sogar im zweitinstanzlichen Verwaltungsverfahren macht der Gerichtshof die Heilung eines Verfahrensfehlers davon abhängig, dass alle Optionen offen sind und die Heilung in diesem Verfahrensstadium noch eine im Hinblick auf den Ausgang des Verfahrens effektive Nachholung der unterbliebenen Verfahrenshandlung ermöglicht.[*81] Bei Sachverhalten mit Bezug zum Unionsrecht bedarf das deutsche Recht (§ 45 Abs. 2 VwVfG) danach einer partiellen Korrektur.[*82]

2. Verfahrensrechtliche Stellung des Einzelnen

a) Abhängigkeit des deutschen Verfahrensrechts vom materiellen Recht

Die „dienende Funktion" des Verwaltungsverfahrens bleibt nach deutschem Verständnis nicht ohne Konsequenzen für die Rechtsstellung des Einzelnen. Da das Verwaltungsverfahrensrecht auf die Hervorbringung rechtmäßiger (und zweckmäßiger) Verwaltungsentscheidungen ausgerichtet ist,[*83] begründen individuelle Verfahrensrechte in Bezug auf die Sachentscheidung der Verwaltung keinen subjektiven Schutz. Wendet sich ein von der Sachentscheidung Betroffener mit Verfahrensrügen gegen die Verwaltungsentscheidung, ist er nur dann rechtlich geschützt, wenn sich der Verfahrensrechtsverstoß auf die materiellrechtliche Position des Betroffenen ausgewirkt hat.[*84]

b) Selbstständige Verfahrensrechte im Unionsrecht

Das Unionsrecht statuiert demgegenüber selbstständige Verfahrenspositionen. Das Verwaltungsverfahrensrecht dient nicht nur der Verwirklichung des materiellen Rechts, es bietet auch eine Gewähr für die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung.[*85] Dieser Ansatz kann Konsequenzen für die selbstständige Durchsetzung des Verwaltungsverfahrensrechts haben. Das bekannteste Beispiel hierfür ist das Einklagen der Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten (Groß-)Projekten.[*86] Vereinzelt sind deutsche Gerichte diesem Ansatz

77 W. Kahl. Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU. – Verwaltungsarchiv 2004, S. 8 *ff.*; M. Burgi. Verwaltungsverfahrensrecht zwischen europäischem Umsetzungsdruck und nationalem Gestaltungsunwillen. – JZ 2010, S. 105 *ff.*; T. v. Danwitz (Fn. 14), S. 530.

78 J. Schwarze. Die Rechtsprechung des EuGH zur Relevanz von Fehlern im Verwaltungsverfahren. – D. Heckmann, R. P. Schenke, G. Sydow (Hrsg.). Verfassungsstaatlichkeit im Wandel: Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot 2013, S. 1203 *ff.*

79 EuGH, Urteil v. 24.10.1996, C-329/93 u.a. – Slg. 1996, I-5151 Rdn. 48 (auch in: NVwZ 1997, 475 Rdn. 48 (Begründungsmangel im Gerichtsverfahren nicht mehr heilbar)); ebenso zu einem Anhörungsmangel EuG, Urteil v. 9.11.1995, T-346/94, *France-aviation*. – Slg. 1995, II-2843 Rdn. 39 (auch in: EuZW 1996, 602 Rdn. 39); ferner B. Bredemeier. Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht. Tübingen: Mohr Siebeck 2007, S. 414 *ff.*

80 J. Kokott, C. Sobotta. Das BVerwG und das europäische Umweltrecht. – NVwZ Beilage 2013/1, S. 51.

81 EuGH, Urteil v. 15.1.2013, C-416/10. – NuR 2013, 113 Rdn. 89 *f.*

82 W. Kahl (Fn. 67), S. 451 *f.*

83 BVerfG, Beschluss v. 20.2.2002, 1 BvL 19/97 u.a. – BVerfGE 105, 48 (60) (auch in: NVwZ 2002, 1101 (1102)).

84 BVerwG, Urteil v. 25.01.1996, 4 C 5/95. – BVerwGE 100, 238 (251 *f.*); BVerwG, Urteil v. 20.12.2011, 9 A 30/10. – NVwZ 2012, 573 Rdn. 19.

85 VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 29.06.2006, 11 S 2299/05. – Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 2007, 109 (114).

86 EuGH, Urteil v. 7.1.2004, C-201/02, *Wells*. – Slg. 2004, I-723 Rdn. 56 *ff.* (auch in: NVwZ 2004, 593 Rdn. 56 *ff.*; DVBl. 2004, 370 (m. Anm. Kerkmann, DVBl. 2004, 1287) Rdn. 56 *ff.*); bestätigt durch EuGH, Urteil v. 21.3.2013, C-244/12, *Salzburger Flughafen*. – NVwZ 2013, 707 Rdn. 46.

gefolgt.[*87] Nach wie vor handelt es sich dabei aber um eine seltene Ausnahme vom überkommenen deutschen Konzept. Hier besteht Potential für die Europäisierung des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts.

3. Verfahrensfehlerfolgen

Tritt keine Heilung eines Verfahrensfehlers ein, stellt sich die Frage nach den Fehlerfolgen. Allgemein[*88] entspricht es europäischen Standards, dass ein Verfahrensrechtsverstoß für unbeachtlich erklärt werden kann, wenn auszuschließen ist, dass sich der Fehler auf die behördliche Sachentscheidung ausgewirkt hat.[*89] Entscheidend sind die Voraussetzungen für den Eintritt dieser Rechtsfolge.

a) Nachweis der konkreten Kausalität im deutschen Recht

Für den rechtlich relevanten Einfluss eines Verfahrensfehlers auf die Sachentscheidung ist nach deutschem Allgemeinen Verwaltungsrecht ein Kausalzusammenhang erforderlich (§ 46 VwVfG[*90]). Besondere Bedeutung hat die Thematik im Umwelt- und Planungsrecht erlangt. Von der Rechtsprechung wird der Kausalzusammenhang bejaht, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die konkrete Möglichkeit besteht, dass z.B. eine angegriffene Planungsentscheidung (ein Planfeststellungsbeschluss) ohne den Verfahrensfehler für den Betroffenen (den Kläger) günstiger ausgefallen wäre.[*91] Wird der Kausalzusammenhang verneint, bleibt der Verfahrensfehler – falls nicht (ausnahmsweise) ein absolutes Verfahrensrecht[*92] verletzt worden ist – rechtlich folgenlos.

Bei rechtsdogmatischer Beurteilung dieser Konzeption kann ein Verfahrensfehler immer dann Einfluss auf die Sachentscheidung nehmen, wenn die Behörde über Entscheidungsspielräume verfügt (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltung). Muss dagegen auf der Grundlage einer gesetzlich gebundenen Verwaltungsentscheidung angenommen werden, auch ohne den Verfahrensfehler wäre in der Sache nicht anders entschieden worden, bleibt der Verfahrensrechtsverstoß unbeachtlich. In Deutschland wird dieses Ergebnis nun allerdings auch bei der Existenz behördlicher Entscheidungsspielräume erzielt,[*93] weil nach der Judikatur der Betroffene (Kläger) nachweisen muss, dass ohne den Verfahrensfehler die behördliche Sachentscheidung anders ausgefallen wäre.[*94] Dieser Nachweis gelingt in der Praxis nur selten.[*95]

b) Erheblichkeit wesentlicher Verfahrensfehler nach Unionsrecht

Findet ein individuelles Recht im Verwaltungsverfahren seine Begründung im EU-Recht, läuft jenes Recht nach der deutschen Konzeption weitgehend leer, was mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot kaum vereinbar ist. Der im Schrifttum unterbreitete Vorschlag, dem Schutz Betroffener dienende wesentliche Verfahrensrechtspositionen des Unionsrechts als nicht relativierbare „absolute Rechte", deren Verletzung

87 Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 25.1.2005, 7 E 12117/04. – NVwZ 2005, 1208; ablehnend dazu H. Lecheler. Isolierte Anfechtung von Verfahrensfehlern ohne materielle Beschwer kraft Europarechts? – NVwZ 2005, S. 1156 *f.*

88 Zur spezialgesetzlichen Fehlerfolgenregelung im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz F. Schoch. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 24), § 50 Rdn. 314 *ff.*

89 E. Gurlit, M. Fehling (Fn. 72), S. 293 *ff.*

90 Die Vorschrift lautet: „Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 nichtig ist, kann nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat."

91 BVerwG, Urteil v. 29.10.2008, 6 C 38/07. – NVwZ 2009, 653 Rdn. 42; BVerwG, Urteil v. 14.4.2010, 9 A 5/08. – BVerwGE 136, 291 Rdn. 25 (auch in: NVwZ 2010, 1225 Rdn. 25); BVerwG, Urteil v. 24.3.2011, 7 A 3/10. – NVwZ 2011, 1124 Rdn. 84; BVerwG, Urteil v. 24.11.2011, 9 A 23/10. – BVerwGE 141, 171 Rdn. 15 (auch in: NVwZ 2012, 557 Rdn. 15); BVerwG, Urteil v. 31.7.2012, 4 A 7001/11 u.a. – BVerwGE 144, 44 Rdn. 34 (auch in: NVwZ 2013, 297 Rdn. 34).

92 Einzelheiten zu dieser Kategorie von Verfahrensrechten bei F. Schoch. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 24), § 50 Rdn. 304 (mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis).

93 Vgl. z.B. BVerwG, Urteil v. 14.4.2010, 9 A 5/08. – BVerwGE 136, 291 Rdn. 25 (auch in: NVwZ 2010, 1225 Rdn. 25); BVerwG, Urteil v. 24.3.2011, 7 A 3/10. – NVwZ 2011, 1124 Rdn. 86; BVerwG, Urteil v. 24.11.2011, 9 A 23/10. – BVerwGE 141, 171 Rdn. 18 (auch in: NVwZ 2012, 557 Rdn. 18); BVerwG, Urteil v. 31.7.2012, 4 A 7001/11 u.a. – BVerwGE 144, 44 Rdn. 35 *ff.* und Rdn. 46 (auch in: NVwZ 2013, 297 Rdn. 35 *ff.* und Rdn. 46).

94 BVerwG, Urteil v. 29.10.2008, 6 C 38/07. – NVwZ 2009, 653 Rdn. 42; BVerwG, Urteil v. 24.11.2011, 9 A 23/10. – BVerwGE 141, 171 Rdn. 18 (auch in: NVwZ 2012, 557 Rdn. 18).

95 B. Bredemeier (Fn. 79), S. 369, fordert, die Darlegungs- und Beweislast der Behörde aufzuerlegen.

immer beachtlich ist, zu deuten,[*96] wird von der Rechtsprechung unter Hinweis auf die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten abgelehnt.[*97] Am Beispiel der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) zeigt sich jedoch, dass die deutsche Judikatur kaum durchzuhalten ist. Denn individuelle Verfahrensrechte nach der UVP-Richtlinie[*98] verlangen eine effektive Durchsetzung im innerstaatlichen Recht.[*99]

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland hat die EU-Kommission in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme die Praxis der deutschen Gerichte zur Relativierung des Verwaltungsverfahrensrechts gerügt: Werde die Beweislast für die Kausalität eines Verfahrensfehlers in Bezug auf die behördliche Sachentscheidung dem Betroffenen (Kläger) auferlegt, stelle dies eine Verletzung des Rechts auf einen wirksamen Zugang zu einer gerichtlichen Überprüfung von behördlichen UVP-Entscheidungen dar. Bei einem erheblichen Verfahrensfehler (z.B. Verstoß gegen Informations- und Beteiligungsrechte der Öffentlichkeit) müsse das nationale Recht die Aufhebung der Verwaltungsentscheidung vorsehen, ohne dass der Betroffene (Kläger) einen Kausalzusammenhang mit dem Ergebnis der Verwaltungsentscheidung zu beweisen habe.[*100]

Eine rechtliche Klärung in diesem Punkt kann auch ein vom Bundesverwaltungsgericht in Gang gesetztes Vorabentscheidungsverfahren[*101] bringen. In seinem Schlussantrag betont der Generalanwalt, dass bei der Anwendung des Kausalitätskriteriums (im Rahmen des § 46 VwVfG) das Effektivitätsprinzip zu beachten sei; für besonders wichtige Verfahrensvorschriften (nach der UVP-Richtlinie) müsse auf das Erfordernis der Kausalität für das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens (d.h. die behördliche Sachentscheidung) vollständig verzichtet werden.[*102] Der Gerichtshof hat nun entscheiden, dass eine zwar durchgeführte, aber mit erheblichen Fehlern versehene Umweltverträglichkeitsprüfung vom innerstaatlichen Verwaltungsverfahrensrecht nicht generell sanktionslos gestellt werden kann; ein solcher Automatismus ist unionsrechtswidrig.[*103]

IV. Verwaltungsprozessrecht

In einem dritten Untersuchungsfeld soll, wenn auch nur kurz, auf die Europäisierung im Verwaltungsprozessrecht eingegangen werden.[*104] Zur Illustration des Befundes werden drei Komplexe herangezogen, die beispielhaft die besonders intensive Einwirkung des Unionsrechts auf das gerichtliche Verfahrensrecht veranschaulichen.

1. Klagebefugnis

Der individuelle Zugang zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz und damit zur Kontrolle der Verwaltung durch die Judikatur wird in erster Linie durch die Klagebefugnis markiert. Dazu kennt das deutsche Verwaltungsprozessrecht die individuelle Klageberechtigung und den entsubjektivierten Verwaltungsrechtsschutz in Gestalt der Verbandsklage (§ 42 Abs. 2 VwGO[*105]).

96 J. Held. Individualrechtsschutz bei fehlerhaftem Verwaltungsverfahren. – NVwZ 2012, S. 467.

97 BVerwG, Urteil v. 29.10.2008, 6 C 38/07. – NVwZ 2009, 653 Rdn. 41.

98 Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten. – ABl. Nr. L 26/1.

99 EuGH, Urteil v. 7.1.2004, C-201/02, *Wells*. – Slg. 2004, 723 Rdn. 69 (auch in: NVwZ 2004, 593 Rdn. 69): Rücknahme oder Aussetzung der Verwaltungsentscheidung zwecks Durchführung der UVP.

100 Europäische Kommission, Vertragsverletzung Nr. 2007/4267, Stellungnahme vom 26.4.2013 C(2013) 2173 final, S. 12 *f.*

101 BVerwG, Beschluss v. 10.1.2012, 7 C 20/11, *Gemeinde Altrip*. – NVwZ 2012, 448.

102 GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 20.6.2013, C-72/12, Rdn. 106.

103 EuGH, Urteil v. 7.11.2013, C-72/12, *Gemeinde Altrip*. – NVwZ 2014, 49 Rdn. 47 *ff.*; dazu M. Böhm. Die gerichtliche Kontrolle von UVP-Fehlern. – Umwelt- und Planungsrecht (UPR) 2014, S. 201; T. Bunge, Rechtsfolge von Verfahrensfehlern bei der Umweltverträglichkeitsprüfung. – Natur und Recht (NuR) 2014, S. 305; T. Siegel, Ausweitung und Eingrenzung der Klagerechte im Umweltrecht. – NVwZ 2014, S. 973.

104 Ausführlich dazu D. Ehlers. Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts. Köln: Heymanns 1999; F. Schoch. Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Berlin: de Gruyter 2000; O. Dörr. Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte. Tübingen: Mohr Siebeck 2003; T. Dünchheim. Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss. Berlin: Duncker & Humblot 2003. Im Überblick F. Schoch. Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts. – E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.). Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht. Köln: Heymanns 2003, S. 507 *ff.*; D. Ehlers. Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts. – DVBl. 2004, S. 1441 *ff.*; C. Steinbeiß-Winkelmann. Europäisierung des Verwaltungsrechtsschutzes. – NJW 2010, S. 1233 *ff.*

105 Die Vorschrift lautet: „Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein."

a) Individuelle Klageberechtigung

Der Individualrechtsschutz erfolgt in Deutschland nach Maßgabe des subjektiven öffentlichen Rechts. Das Verwaltungsprozessrecht knüpft in diesem Punkt an das Allgemeine Verwaltungsrecht an.[*106] Es gilt die Schutznormtheorie. Anerkannt ist weder die Popularklage noch die Interessentenklage. Klagebefugt ist im Verwaltungsprozess nur, wer geltend machen kann, durch die von ihm angefochtene staatliche Maßnahme bzw. durch die behördliche Ablehnung oder Unterlassung der beantragten Maßnahme in eigenen Rechten verletzt zu sein.[*107]

In diesem System findet die skizzierte funktionale Subjektivierung nach Maßgabe des Unionsrechts[*108] ihren vollständigen Niederschlag im innerstaatlichen deutschen Verwaltungsprozessrecht: Individuelle Klagerechte werden anerkannt, soweit eine Rechtsnorm auf die Verleihung von Rechten an den Einzelnen zielt. Dabei werden, wie gesehen, aggregierte Interessen Privater nicht entsubjektiviert, sie bleiben individuell einklagbar. Klageberechtigt ist jede Person, die Träger des personalen Schutzguts ist und durch das mit der Klage bekämpfte behördliche Verhalten nachteilig in seinen rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt worden ist.[*109] Das Unionsrecht anerkennt also die Schutznormtheorie, allerdings in Gestalt der funktionalen Subjektivierung von Rechtsnormen mit personalen Schutzgütern (z.B. Schutz der Verbraucher, Schutz der menschlichen Gesundheit).

b) Altruistische Verbandsklage

Die altruistische Verbandsklage ist dem Grunde nach prozessrechtlich unbedenklich (§ 42 Abs. 2 Alt. 1 VwGO). Große praktische Bedeutung hat sie im Umweltrecht und steht dort im Dienste einer objektiven Rechtskontrolle der Verwaltung. Maßgebend sind europarechtliche Vorgaben,[*110] die ihrerseits Völkerrecht – in Gestalt der Aarhus-Konvention (AK)[*111] – umsetzen. Ausdrücklich hat der Europäische Gerichtshof betont, nach dem einschlägigen Unionsrecht müssten klageberechtigte Verbände die Verletzung von Vorschriften des Umweltschutzrechts auch dann gerichtlich geltend machen können, wenn derartige Vorschriften nur die Allgemeinheit schützen und nicht auch Rechte bzw. Rechtsgüter des Individuums.[*112] Diese gegen das frühere deutsche Umweltrechtsbehelfsgesetz[*113] gerichtete Entscheidung hat Anfang 2013 zu einer Reaktion des deutschen Gesetzgebers geführt.[*114] Schon ist in der Rechtsprechung akzeptiert worden, dass ein klageberechtigter Umweltverband einen Verstoß gegen umweltschützende Rechtsvorschriften gerichtlich geltend machen kann, auch wenn diese nationalen Vorschriften keinen subjektiven Rechtsschutz Einzelner gewähren.[*115]

Festzuhalten bleibt, dass die Klagebefugnis ganz wesentliche Impulse durch das EU-Recht erhält.[*116] Es ist an der Zeit, dass in Deutschland die maßgebenden Organe der Gesetzgebung und der Rechtsprechung

---

106 Vgl. dazu oben II. 1.

107 Vgl. etwa J. Ruthig. Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle in Deutschland. – W.-R. Schenke, J. Hyun Seok (Hrsg.). Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea. Berlin: Duncker & Humblot 2006, S. 117 *ff.*; zu den Rechtsproblemen bei Drittklagen H. Geiger. Die Konkurrentenklage im Verwaltungsprozessrecht. – BayVBl. 2010, S. 517 *ff.*

108 Einzelheiten dazu oben II. 1. b); ausführlich F. Schoch. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 24), § 50 Rdn. 149 *ff.*

109 A. Epiney. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht. – VVDStRL (61) 2002, S. 405 *f.*; O. Dörr, C. Lenz. Europäischer Verwaltungsrechtsschutz. Baden-Baden: Nomos 2006, Rdn. 433; T. v. Danwitz (Fn. 14), S. 514.

110 Art. 25 RL 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung). – ABl. Nr. L 334/17; Art. 11 RL 2011/92/EU vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten. – ABl. Nr. L 26/1.

111 UN/ECE-Konvention über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten („Aarhus-Konvention"), in Deutschland umgesetzt durch Gesetz vom 9.12.2006 (BGBl. II S. 1251) und – zum Ersten Aarhus-Änderungs-Übereinkommen – Gesetz vom 17.7.2009 (BGBl. II S. 794).

112 EuGH, Urteil v. 12.5.2011, C-115/09, *Trianel.* – Slg. 2011, I-3701 Rdn. 37 *ff.* (auch in: EuZW 2011, 510 (m. Anm. Hellriegel); NVwZ 2011, 801 (m. Anm. Schlacke); DVBl 2011, 757 (m. Anm. Durner/Paus)).

113 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz vom 7.12.2006. – BGBl. I S. 2816.

114 Gesetz zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes vom 21.1.2013. – BGBl. I S. 95.

115 Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 31.1.2013, 1 B 11201/12. – NVwZ 2013, 883 (884).

116 W. Porsch. Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht. – NVwZ 2013, S. 1393; K. F. Gärditz, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht. – NVwZ 2014, S. 1.

ihre Abneigung gegen die breit angelegte Verbandsklage im Umweltrecht ablegen und sich gegenüber den europarechtlichen Entwicklungen im Interesse der Sache, also des Umweltschutzes, aufgeschlossen zeigen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat nun reagiert und einem Umweltverband die Klagebefugnis gegen die Ablehnung der Aufstellung eines Luftreinhalteplans zugesprochen. Grundlage dafür sei allerdings nicht die Verbrauchsklagebefugnis (§ 42 Abs. 2 Alt. 1 VwGO), sondern die Geltendmachung der Verletzung eigener Rechte (§ 42 Abs. 2 Alt. 2 VwGO). Zur Sicherung der praktischen Wirksamkeit des Unions(umwelt)rechts wird dem Verband eine „prokuratorische" Rechtsstellung zugewiesen.[*117] Der Umweltverband handelt danach als „Treuhänder" zur Durchsetzung des EU-Rechts. Methodisch ist die Entscheidung sicherlich angreifbar. In der Sache belegt sie aber die fortschreitende Europäisierung des nationalen Rechts.

2. Subjektiver Rechtswidrigkeitszusammenhang

a) Begründetheit der Klage: eigene Rechtsverletzung

In einem engen Zusammenhang mit dem deutschen Konzept zur Klagebefugnis steht der subjektive Rechtswidrigkeitszusammenhang. Er findet Niederschlag im positiven Recht[*118] und besagt, dass eine zulässige Klage nicht schon bei objektiver Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts begründet ist, sondern zusätzlich die dadurch erfolgende subjektive Rechtsverletzung des Klägers voraussetzt.[*119] Das bedeutet, dass trotz der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts die Klage unbegründet ist, wenn der Kläger nicht zugleich in eigenen Rechten verletzt ist.[*120]

Ausnahmen von diesem Konzept gibt es nur wenige. Das bekannteste Beispiel, das auch in der Praxis von Bedeutung ist, ist die Klage gegen einen Planfeststellungsbeschluss mit enteignungsrechtlicher Verwirkung. Betroffene Grundeigentümer können eine umfassende gerichtliche Überprüfung der behördlichen Planungsentscheidung (z.B. für einen Straßenbau) verlangen.[*121] Die nicht enteignungsrechtlich betroffenen Kläger können keine insgesamt fehlerfreie behördliche Planungsentscheidung beanspruchen; relevant sind nur die Verletzung gerade diese Kläger schützender Normen sowie eine nicht ordnungsgemäße Abwägung ihrer geschützten privaten Belange.[*122]

b) Europarechtliche Risiken

Bislang ist dieses deutsche Konzept europarechtlich ohne Beanstandung geblieben. Das gilt sogar – modifiziert – für die Verbandsklage im Umweltrecht. Ein Umweltverband kann mit Erfolg nur den Verstoß gegen umweltschützende Rechtsvorschriften rügen.[*123] Eine umfassende, über umweltrechtliche Belange hinausgehende gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidung, also z.B. des Planfeststellungsbeschlusses, findet nicht statt.[*124]

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen des Vorwurfs einer Verletzung der Industrieemissionsrichtlinie und der UVP-Richtlinie[*125] durch das deutsche

---

117 BVerwG, Urteil v.5.9.2013, C 21/12. – NVwZ 2014, 64 Rdn. 38 *ff.*; dazu C. Franzius. Möglichkeiten und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung zur Bestimmung der Klagebefugnis im Umweltrecht. DVBl. 2014, S. 543; E. Gassner. Zur gerichtlichen Geltendmachung von EU-Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen. – DVBl. 2014, S. 551; M. Lau. Das Urteil des BVerwG vom 5.9.2013. – NVwZ 2014. S. 637.

118 § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO bestimmt für die Anfechtungsklage: „Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf." § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO bestimmt für die Verpflichtungsklage (Leistungsklage): „Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist."

119 Das Konzept erläuternd M. Gerhardt. – F. Schoch, J.-P. Schneider, W. Bier (Hrsg.) (Fn. 12), § 113 Rdn. 11 *ff.*

120 Beispiel aus der Praxis: BVerwG, Urteil v. 26.1.2011, 6 C 2/10. – NVwZ 2011, 613 (Anfechtungsklage eines Dritten gegen Bescheid der Regulierungsbehörde zur Frequenzzuteilung im Telekommunikationsrecht).

121 Zuletzt in diesem Sinne (mit umfangreichen weiteren Nachweisen) BVerwG, Urteil v. 14.11.2012, 9 C 14/11. – NVwZ 2013, 803 Rdn. 10.

122 BVerwG, Urteil v. 10.10.2012, 9 A 20/11. – NVwZ 2013, 645 Rdn. 11; BVerwG, Urteil v. 10.10.2012, 9 A 19/11. – NVwZ 2013, 649 Rdn. 14 (jeweils m.w.N.).

123 BVerwG, Urteil v. 10.10. 2012, 9 A 18/11. – NVwZ 2013, 642.

124 *Ibid*., Rdn. 18; VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 20.07.2011, 10 S 2102/09. – Beck-Rechtsprechung 2011, 54899.

125 Nachweise dazu oben Fn. 110.

Verwaltungsprozessrecht greift die EU-Kommission nun den subjektiven Rechtswidrigkeitszusammenhang an: Sei die Klage einer natürlichen oder juristischen Person zulässig, dürfe die gerichtliche Prüfung nicht auf solche Vorschriften beschränkt werden, die Rechte Einzelner begründen; vielmehr müsse die Einhaltung aller Verfahrensbestimmungen und materiellrechtlichen Vorschriften kontrolliert werden.[*126] Zur Begründung beruft sich die EU-Kommission auf das „Trianel"-Urteil des Gerichtshofs; die von der EU-Kommission in Bezug genommene Aussage dieser Entscheidung[*127] befasst sich allerdings nur mit der Zulässigkeit einer umweltrechtlichen Verbandsklage unter dem Aspekt des Rügepotentials, d.h. zulässiger Klagegründe. Daraus lässt sich jedoch kaum die Pflicht deutscher Gerichte zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle des Verwaltungshandelns ableiten.[*128]

3. Vorläufiger Rechtsschutz

Für das Verwaltungsprozessrecht hat die Europäische Union keine Regelungskompetenz. In Sonderheit gilt dies für den verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutz. Für eine durchgreifende Wirkung bei der Vereinheitlichung der Maßstäbe für die Rechtsschutzgewährung hat indessen die Judikatur gesorgt. Dazu stellte der frühere Präsident des Europäischen Gerichtshofs fest, dass die dazu ergangene Rechtsprechung „die intensivste Auswirkung des Gemeinschaftsrechts auf die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten" bedeutet.[*129]

a) Richterrechtliche Harmonisierung des vorläufigen Rechtsschutzes

Die Frage der Europäisierung des vorläufigen Rechtsschutzes ist aufgeworfen, wenn im Rahmen eines Eilantrags bei einem mitgliedstaatlichen Gericht die Gültigkeit der dem nationalen Vollzugsakt zu Grunde liegenden Norm des sekundären Unionsrechts bestritten wird. Nationale Gerichte sind nicht befugt, Handlungen der Unionsorgane für ungültig zu erklären; diese Kompetenz hat allein der Europäische Gerichtshof.[*130] Auf der anderen Seite verlangt der effektive Rechtsschutz[*131] jedoch die Befugnis der nationalen Gerichte zur Aussetzung der Vollziehung eines auf einer europäischen Verordnung, Richtlinie oder Kommissionsentscheidung beruhenden nationalen Verwaltungsakts, wenn die Gültigkeit der Rechtsgrundlage bestritten ist.[*132] Der Gerichtshof hat die Befugnis zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes anerkannt, behauptet jedoch, dafür müssten in allen Mitgliedstaaten einheitliche Regeln gelten, die denjenigen der Unionsgerichte entsprächen.[*133] Der EuGH überträgt also kurzerhand die Voraussetzungen seiner Befugnis zur Aussetzung der Vollziehung einer Verwaltungsmaßnahme (Art. 278 AEUV) auf die nationalen Gerichte.

Danach darf das nationale Gericht die Vollziehung des Verwaltungsakts aussetzen, wenn es

(1) erhebliche Zweifel an der Gültigkeit des sekundären Unionsrechtsaktes hat,
(2) die Frage der Gültigkeit dem Gerichtshof, soweit dieser noch nicht damit befasst ist, vorlegt,
(3) die Eilentscheidung dringlich ist und dem Antragsteller ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden droht und
(4) wenn das um vorläufigen Rechtsschutz angerufene nationale Gericht die Interessen der Europäischen Union angemessen berücksichtigt.[*134]

---

126 Europäische Kommission, Vertragsverletzung Nr. 2007/4267, Stellungnahme vom 26.4.2013 C(2013) 2173 final, S. 11.

127 EuGH, C-115/09 (Fn. 112), Rdn. 37 und Rdn. 38.

128 EuGH, Urteil v. 7.11.2013, C-72/12, *Gemeinde Altrip*. – NVwZ 2014, 49 Rdn. 49 anerkennt den subjektiven Rechtswidrigkeitszusammenhang des nationalen Rechts.

129 G. C. Rodríguez Iglesias (Fn. 13), S. 294.

130 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, C-366/10, *ATA*. – NVwZ 2012, 226 Rdn. 47 und 48 (m.w.N.).

131 Vgl. Art. 47 Charta der Grundrechte der Europäischen Union; dazu H. Jarass. Bedeutung der EU-Rechtsschutzgewährleistung für nationale und EU-Gerichte. – NJW 2011, S. 1393 *ff*.

132 EuGH, Urteil v. 21.2.1991, C-143/88 und C-92/89, *Zuckerfabriken Süderdithmarschen*. – Slg. 1991, I-532 Rdn. 14 *ff*. (auch in: EuZW 1991, 313; NVwZ 1991, 460); EuGH, Urteil v. 6.12.2005, C-461/03, *Gaston Schul*. – Slg. 2005, I-10513 Rdn. 18 (auch in: EuGRZ 2006, 253 Rdn. 18); EuGH, Urteil v. 12.1.2013, C-416/10. – NuR 2013, 113 Rdn. 107.

133 EuGH, Urteil v. 6.12.2005, C-453/03 u.a., *ABNA*. – Slg. 2005, I-10423 Rdn. 104 (auch in: EWS 2006, 73 Rdn. 104); EuGH, Urteil v. 13.3.2007, C-432/05, *Unibet*. – Slg. 2007, I-2271 Rdn. 79 (auch in: EuZW 2007, 247 Rdn. 79; NJW 2007, 3555 Rdn. 79).

134 EuGH, C-143/88 u.a. (Fn. 132), Rdn. 23 *ff*.

Diese Kriterien für den vorläufigen Rechtsschutz im gerichtlichen Aussetzungsverfahren (§ 80 Abs. 5 VwGO) hat der Gerichtshof auf das Eilverfahren zum Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) übertragen.[*135]

b) Kompetenzüberschreitung des EuGH

Eine Kompetenzgrundlage für seine richterliche Kreation von Entscheidungsmaßstäben für Eilentscheidungen nationaler Gerichte bei Sachverhalten mit EU-Rechtsbezug nennt der Europäische Gerichtshof nicht. Da die Organkompetenz des Gerichtshofs nicht weiter reichen kann als die Verbandskompetenz der Europäischen Union, ist eine Kompetenznorm auch nicht erkennbar. Bemüht wird vielmehr die „Kohärenz des Systems des vorläufigen Rechtsschutzes".[*136] Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Kompetenznorm, sondern um ein rechtspolitisches Postulat.[*137]

Im deutschen rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird die skizzierte EuGH-Rechtsprechung weithin als kompetenzwidrig („ultra vires") eingestuft.[*138] Das Bundesverfassungsgericht hat jene Judikatur unter Rechtsschutzaspekten (Art. 19 Abs. 4 GG) akzeptiert;[*139] die Kompetenzfrage hat das höchste deutsche Gericht jedoch gar nicht erst aufgeworfen. Europarechtlich ist kritisiert worden, die „Kohärenz"-Argumentation des Gerichtshofs setze die Rechtsprechung zur „Zauberformel" des effet utile fort und solle offenbar von der Beachtung des Gebots der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) entbinden, obgleich in den entschiedenen Fällen zum vorläufigen Rechtsschutz der Äquivalenzgrundsatz und der Effektivitätsgrundsatz zur Sicherung des einheitlichen Vollzugs des EU-Rechts ausgereicht hätten.[*140] Dieser zutreffenden Einschätzung ist nichts hinzuzufügen.

V. Fazit und Ausblick

Die Europäisierung des Verwaltungsrechts ist zu einer unüberwindbaren Determinante der modernen Staatsverwaltung geworden. Keine innerstaatliche Stelle kann sich den Einwirkungen des Unionsrechts entziehen. Über ihre Einhaltung durch die Mitgliedstaaten wacht der Europäische Gerichtshof. Er hat Instrumente entwickelt, die auf die Durchsetzung und reale Geltung des Unionsrechts zielen. Das ist hier an drei übergreifenden Rechtsgebieten (Allgemeines Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahrensrecht, Verwaltungsprozessrecht) skizziert worden. Im Besonderen Verwaltungsrecht ist die Europäisierung zum Teil noch weiter fortgeschritten.[*141] Die Mitgliedstaaten sind aufgerufen, diesen Prozess der Durchdringung innerstaatlichen Rechts durch das Unionsrecht ernst zu nehmen und, wo dies notwendig ist, kritisch zu begleiten. Dabei kommt der entsprechenden Ausbildung junger Juristen und der Weiterbildung im Beruf befindlicher Juristen ein hoher Stellenwert zu. Denn nur wer über die Europäisierung des Verwaltungsrechts informiert ist, kann als Jurist die Zeichen der Zeit erkennen.

---

135 EuGH, Urteil v. 9.11.1995, C-465/93, *Atlanta*. – Slg. 1995, I-3781 Rdn. 32 *ff.* (auch in: EuZW 1995, 837 Rdn. 32 *ff.*; NJW 1996, 1333 Rdn. 32 *ff.*); EuGH, Urteil v. 5.12.1996, C-69/95, *T. Port*. – Slg. 1996, I-6065 Rdn. 49 *ff.* (auch in: NJW 1997, 1225 Rdn. 49 *ff.*).

136 EuGH, C-143/88 u.a. (Fn. 132), Rdn. 18, 27; EuGH, C-465/93 (Fn. 135), Rdn. 22, 39; EuGH, C-453/03 u.a. (Fn. 133), Rdn. 103.

137 F. Schoch. – W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.) (Fn. 24), § 50 Rdn. 26 *ff.* (mit umfangreichen Nachweisen).

138 Nachweise dazu bei F. Schoch. – F. Schoch, J.-P. Schneider, W. Bier (Hrsg.) (Fn. 12), § 80 Rdn. 393 und 394.

139 BVerfG, Beschluss v. 27.7.2004, 1 BvR 1270/04. – NVwZ 2004, 1346 (1347).

140 R. Streinz. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht. – VVDStRL 2002, S. 342 *f.*

141 Beispiele: Umweltrecht, Vergaberecht, Lebensmittelrecht, Umweltinformationsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.10

Christoph Conrad Henke

Dr. jur., LL.M.

Warum wir an der Universalität der westlichen Werte festhalten sollten

1. Ausgangssituation[*1]

Die westlichen Werte lassen sich – soweit sie fundamentale Prinzipien der Gerechtigkeit betreffen – in vier Kategorien untergliedern: Gewaltverbot, Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechte. Der Westen hat diese Werte weitgehend in geltendes Recht umgesetzt. Er erhebt in Bezug auf sie Anspruch auf Universalität.[*2] Der weltweiten Verbreitung der übrigen Ideale stehen jedoch Hindernisse entgegen, wie folgende Beispiele aufzeigen:

Verschiedene Staaten und Autoren ziehen die Universalität der westlichen Werte in Zweifel. So argumentiert die VR China, die Menschenrechte seien *„nicht nur historisch ein Produkt der europäisch-amerikanischen Kultur, sondern auch in Inhalt, Form und rechtlicher Ausgestaltung nur in diesen Kulturen beheimatet, gegenüber den asiatischen Kulturen hingegen seien sie in wichtigen Hinsichten fremd und unangemessen. Eben deshalb komme ihnen auch dort nur eine beschränkte Geltung zu, und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte sei durch eine asiatische Variante, wie es ja auch schon eine europäische gebe, zu ersetzen."*[*3]

Selbst in der deutschen Öffentlichkeit trifft die Anwendung rechtsstaatlicher Prinzipien gelegentlich auf Unverständnis. Dies zeigt der Fall *Gäfgen*. Die Polizei hatte *Gäfgen* Folter für den Fall angedroht, dass er den Aufenthaltsort des von ihm entführten Kindes nicht preisgebe. Daraufhin brachte *Gäfgen* die Polizei zur Leiche des Kindes. Ein Strafgericht verurteilte *Gäfgen* wegen Mordes.[*4] Die Zivilgerichte sprachen ihm unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)[*5]

---

1 Der Beitrag entwickelt Überlegungen fort aus Henke, Christoph, Zur Finalität des Völkerrechts. Eine völkerrechtliche Agenda, Münster u.a. 2012. Im dortigen Beitrag stehen konkrete völkerrechtliche Handlungsvorschläge im Vordergrund. Vorliegend geht es um die Herleitung fundamentaler Gerechtigkeitsprinzipien. Zwangsläufig kommt es insbesondere in Ziff. 1 bis 5 dieses Beitrags zu inhaltlichen Überschneidungen.

2 Vgl. zum Begriff der Universalität Bielefeldt, Heiner, Menschenrechtlicher Universalismus ohne eurozentrische Verkürzung. Zur Verständigung über die Universalität der Menschenrechte, in: Nooke, Günter/Lohmann, Georg/Wahlers, Gerhard, Gelten Menschenrechte universal? Freiburg 2008, S. 98 *ff.*

3 Zitiert nach Lohmann, Georg, Zur Verständigung über die Universalität der Menschenrechte, in: Nooke, Günter/Lohmann, Georg/Wahlers, Gerhard, Gelten Menschenrechte universal? Freiburg 2008, S. 47.

4 LG Frankfurt a.M., Urteil vom 28.7.2003, 5/22 Ks 2/03 3490 Js 230118/02; BGH, Entscheidung vom 21.5.2004, 2 StR 35/04.

5 EGMR, *Gäfgen v. Deutschland*, Entscheidung vom 1.6.2010, Nr. 22978/05.

eine Entschädigung zu.[*6] Zahlreiche deutsche Bürger konnten nicht nachvollziehen, weshalb ein Mörder eine Entschädigung erhalten müsse.[*7]

Gelegentlich gehen Angriffe auf westliche Werte von westlichen Staaten selbst aus. Dafür steht der Irak-Krieg von 2003, den die Mehrheit der Völkerrechtler für rechtswidrig erachtete,[*8] den der ehemalige UN-Generalsekretär *Annan* als illegalen Akt bezeichnete[*9] und gegen den das *Bundesverwaltungsgericht* „gravierende völkerrechtliche Bedenken" erhob.[*10] Zu keinem Zeitpunkt zogen die westlichen Staaten eine strafrechtliche Verfolgung der Verantwortlichen in Erwägung. Im Gegenteil, sie übertrugen letzteren nach deren Ausscheiden aus dem Amt zum Teil politische Aufgaben anderer Art. So bestellten sie *Blair* zum Sondergesandten des Nahostquartetts, bestehend aus den USA, der EU, Russland und den Vereinten Nationen.[*11]

Wer die weltweite Verbreitung von Gewaltverbot, Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechten anstrebt, sollte eine überzeugende Begründung vorweisen können. Der vorliegende Beitrag versucht, die Grundlagen westlicher Werte herauszustellen.

2. Westliche Werte

Die fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien, die alle Staaten verwirklichen sollten, sind teils völkerrechtlich verbindlich festgeschrieben, teils als Zielvorgaben ausformuliert:

So ist in Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta[*12] das völkerrechtliche Gewaltverbot geregelt. Danach ist die Anwendung von Gewalt gegenüber einem anderen Staat regelmäßig unzulässig. Ausnahmen betreffen individuelle Selbstverteidigung (Notwehr),[*13] kollektive Selbstverteidigung (Nothilfe)[*14] sowie die Autorisierung eines Einsatzes durch den UN-Sicherheitsrat.[*15]

Zu den grundlegenden Gerechtigkeitsprinzipien gehört ein Mindeststandard an Menschenrechten: Vom zwingenden Völkerrecht (*ius cogens*), das von allen Staaten einzuhalten ist, sind untersagt: Völkermord,[*16] Folter, Sklavenhandel und willkürliche Tötung.[*17] Ein Teil der Staatengemeinschaft hat wichtige Menschenrechte im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt)[*18] sowie im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte nebst Fakultativprotokollen (UN-Zivilpakt)[*19] vom 16. Dezember 1966 rechtsverbindlich festgeschrieben. Auf regionaler Ebene ist die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)[*20] mit ihren Individualbeschwerdemöglichkeiten am weitesten entwickelt. Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR),[*21] die ohne Gegenstimmen von der UN-Generalversammlung verabschiedet und in der Millenniums-Erklärung[*22] bekräftigt wurde, legt über das geltende Recht hinaus für alle Staaten menschenrechtliche Ziele fest, die auf längere Sicht verwirklicht werden sollen. Sie enthält „das von allen Völkern und Nationen zu erreichende gemeinsame Ideal" und beinhaltet u.a. das Recht auf Leben, Heirat, Eigentum, Religionsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Bildung und Arbeit sowie das Verbot von Sklaverei und Folter.

6 LG Frankfurt a.M., Urteil vom 4.8.2011, 2-04 O 521/05; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 10.10.2012, 1 U 201/11.

7 Stern, Gäfgens Entschädigung sorgt für Empörung, 4.8.2011, www.stern.de (Stand: 4.6.2012).

8 Jahn, Egbert, Politische Streitfragen, Bd. 3, Internationale Politik, Wiesbaden 2012, S. 195. – DOI: http://dx.doi.org/10.1007/978-3-531-94313-8

9 FAZ, Kofi Annan nennt Irak-Krieg „illegal", 16.9.2004, www.faz.de (Stand: 4.6.2012).

10 BVerwGE 127, 302, 353.

11 FAZ, Blair und das Nahost-Quartett, 28.6.2007, www.faz.de (Stand: 4.6.2012).

12 Charta der Vereinten Nationen vom 26.6.1945, BGBl. 1973 II S. 430.

13 Art. 51 UN-Charta.

14 Art. 51 UN-Charta.

15 Kapitel VII UN-Charta.

16 BVerfG, Beschluss vom 12.12.2000, 2 BvR 1290/99.

17 Stein, Torsten/v.Buttlar, Christian, Völkerrecht, 13. Aufl., München 2012, Rn. 1000.

18 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966; BGBl. 1973 II S. 1569.

19 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966; BGBl. 1973 II S. 1533.

20 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950; BGBl. 1952 II S. 685.

21 Resolution der Generalversammlung vom 10.12.1948, A/RES/217 III A.

22 United Nations Millennium Declaration, Resolution der Generalversammlung vom 8.9.2000, A/RES/55/2, Ziff. 25.

Aus der AEMR ergibt sich ein weltweit anzustrebender demokratischer Mindeststandard. So heißt es in Art. 21 AEMR: *„Jeder hat das Recht, an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten seines Landes unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter mitzuwirken… Der Wille des Volkes bildet die Grundlage für die Autorität der öffentlichen Gewalt; dieser Wille muss durch regelmäßige, unverfälschte, allgemeine und gleiche Wahlen mit geheimer Stimmabgabe oder einem gleichwertigen freien Wahlverfahren zum Ausdruck kommen*."

Schließlich gehört zu den fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien ein anzustrebender Mindeststandard an Rechtsstaatlichkeit. Dementsprechend ist in Art. 10 AEMR verankert: *„Jeder hat bei der Feststellung seiner Rechte und Pflichten sowie bei einer gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Beschuldigung in voller Gleichheit Anspruch auf ein gerechtes und öffentliches Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht*."

Ein Ansatz zur Begründung dieser westlichen Werte sollte idealerweise erläutern, weshalb es sich um weltweit einzuführende Gerechtigkeitsprinzipien handelt, wie die jeweiligen Prinzipien in Konfliktfällen zu gewichten sind und unter welchen Voraussetzungen Gerechtigkeitsprinzipien zum Katalog hinzutreten oder aus ihm herausfallen können.

3. Umsetzung

Gegen eine Universalität der westlichen Werte könnte man einwenden, dass diese im Detail umstritten sind. Hieran anknüpfend könnte man in Zweifel ziehen, ob eine weltweite Umsetzung faktisch möglich wäre. In der Staatengemeinschaft besteht keine Einigkeit über die Auslegung der vorerwähnten Prinzipien.[*23] Vielmehr gibt es eine an „Widersprüchen und Konflikten reiche Vielfalt von Traditionen".[*24]

Dies muss, wie ein Vergleich mit innerstaatlichem Verfassungsrecht zeigt, kein unüberwindbares Hindernis bei der Verwirklichung einer gemeinsamen Rechtsordnung sein. Auf nationaler Ebene erfolgt die Konkretisierung der abstrakten Verfassungsvorschriften im Wege sog. praktischer Konkordanz:[*25] Gesetzgeber und Gerichte haben unterschiedliche Rechtsgüter, die untereinander in Konflikt geraten, auszubalancieren und die Grenzlinien zwischen ihnen zu bestimmen, um ihnen zu größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen. So hatte das Bundesverfassungsgericht anlässlich der Streitigkeiten um die Aussage „Soldaten sind Mörder"[*26] Meinungsfreiheit und Ehrenschutz gegeneinander abzuwägen und im Wege praktischer Konkordanz eine Grenzlinie zwischen zulässiger und unzulässiger Äußerung zu ziehen. Ein Instrumentarium, Streitigkeiten über die Auslegung abstrakter Rechtsprinzipien beizulegen, existiert also vom Grundsatz her durchaus.

Nach dem Vorbild des innerstaatlichen Verfassungsrechts und des Schutzsystems der EMRK könnte auch die Umsetzung fundamentaler Gerechtigkeitsprinzipien auf internationaler Ebene erfolgen. Dies betrifft, da das Gewaltverbot bereits in geltendes Völkerrecht umgesetzt ist, in erster Linie die AEMR.

Idealiter enthalten die Verfassungen der Staaten die Regelungen der AEMR oder einen darüber hinausgehenden Schutzstandard. Dadurch kommt den Regelungen erhöhter Bestandsschutz zu. Die Regelungen der AEMR sind in einfachen Gesetzen zu konkretisieren. Exekutive und Rechtssubjekte wenden die entsprechenden Gesetze im Rahmen ihres Ermessensspielraums bzw. ihrer Vertragsfreiheit an. Die innerstaatlichen Instanzgerichte prüfen, ob Exekutive und Rechtssubjekte ihren (ersten) Entscheidungskorridor bei der Festlegung der Grenzlinien zwischen den einzelnen Rechtsgütern eingehalten haben. Soweit vorhanden prüft das Verfassungsgericht, ob die Instanzgerichte die Verfassungsvorgaben gewahrt haben. Dabei räumt es den Instanzgerichten einen (zweiten) Entscheidungskorridor ein.

Auf internationaler Ebene ist ein völkerrechtlich bindendes Vertragswerk zu schaffen, das die Regelungen der AEMR enthält und das alle Staaten ratifizieren. UN-Zivilpakt und UN-Sozialpakt können als Ausgangsbasis dienen. Parallel dazu ist den Rechtssubjekten – aus Gründen der Subsidiarität nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs – nach dem Vorbild der EMRK die Möglichkeit der Individualbeschwerde gegen alle Staaten einzuräumen. Ein internationales, unabhängiges Gericht entscheidet, ob

[23] Kempen, Bernhard/Hillgruber, Christian, Völkerrecht, München 2007, S. 332.

[24] Albert, Hans, Die Idee der kritischen Vernunft. Zur Problematik der rationalen Begründung und des Dogmatismus, Aufklärung und Kritik 2/1994, S. 16 *ff.*

[25] Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 317 *ff.*

[26] BVerfGE 93, 266 *ff.*

die nationalen Gerichtsentscheidungen korrekt zustande gekommen sind und mit dem völkerrechtlichen Vertrag in Einklang stehen. Das internationale Gericht räumt den nationalen Verfassungsgerichten einen (dritten) Entscheidungskorridor ein. Nur wenn dieser verlassen wurde, liegt eine Vertragsverletzung vor. In ähnlicher Weise entscheidet der EGMR bereits gegenwärtig über Konventionsverletzungen. Insoweit hat er hervorgehoben, dass die Mitgliedstaaten der EMRK in vielen Fällen – etwa bei der Durchsuchung einer Wohnung – einen weiten Ermessenspielraum haben.[*27]

Der dreifach gestaffelte und auf internationaler Ebene besonders breite Entscheidungskorridor sorgt dafür, universale Prinzipien und kulturelle Unterschiede miteinander in Einklang zu bringen. Der Verlauf des Korridors ist den völkerrechtlichen Verträgen nicht in allen Einzelheiten zu entnehmen. Doch ist er keineswegs willkürlich. Viele Entscheidungen sind prognostizierbar. So würde ein nach dem Vorbild des EGMR geschaffenes internationales Gericht aller Voraussicht nach wie dieser entscheiden, dass Folterandrohung – wie im Fall *Gäfgen* – unzulässig ist, während Entscheidungen zu Kruzifixen in Klassenzimmern[*28] oder zu Kopftuchverboten an Universitäten[*29] sich innerhalb des Entscheidungskorridors der Staaten bewegen.

4. Letztbegründung

Ob und wie sich ein Allgemeinanspruch der westlichen Werte begründen lässt, ist eine metaethische Fragestellung. Die Metaethik befasst sich aus Sicht eines externen Beobachters mit normativen Aussagen, d.h. mit Aussagen nicht über das Sein, sondern über das Sollen. Sie geht Fragen nach wie: Was sind normative Aussagen? Gibt es normative Tatsachen? Können normative Aussagen wahr sein? Warum handeln Menschen moralisch? Wie lassen sich normative Aussagen rechtfertigen?[*30] Die letztgenannte Frage steht im Mittelpunkt dieser Erörterung. Falls eine Rechtfertigung normativer Aussagen von vornherein ausgeschlossen sein sollte, lassen sich auch normative Aussagen zur Universalität der westlichen Werte nicht überzeugend rechtfertigen. Soweit es metaethische Vorgaben für eine Begründung der Universalität westlicher Werte geben sollte, wären diese zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang lässt sich zwischen normativen Aussagen einerseits (Gerechtigkeitsprinzipien, weltweit einzuführenden Rechtsprinzipien) und deskriptiven Aussagen andererseits (geltendem Recht) unterscheiden. Vor allem zwei Problemkreise erschweren eine Rechtfertigung normativer Aussagen.

a) Unzulässigkeit eines Schlusses vom Sein auf das Sollen

Nach überwiegender Ansicht ist ein logisch korrekter Schluss vom Sein auf das Sollen nicht möglich (*Humes* Gesetz).[*31] Die Bedeutung der Trennung von Sein und Sollen haben in Bezug auf das Recht u.a. *Kelsen,*[*32] *H.L.A. Hart*[*33] und *Luhmann*[*34] hervorgehoben. Nach ihnen kann vom Ist-Zustand des Rechts oder sonstigen Seins-Tatsachen nicht auf dessen Soll-Zustand geschlossen werden. Aus der Existenz des völkerrechtlichen *ius cogens* (etwa des Verbots des Völkermordes) kann nicht geschlussfolgert werden, dass das *ius cogens* gerecht ist. Aus dem Umstand, dass Menschen in einer Demokratie ggf. zufriedener sind als in einer Diktatur (Sein), kann nicht hergeleitet werden, dass Demokratie eingeführt werden soll (Sollen). Ein Konsens der Staatengemeinschaft über einen Mindeststandard an Menschenrechten (Sein) bedeutet deshalb nicht zwangsläufig, dass der Mindeststandard etwaigen Alternativen vorzuziehen wäre (Sollen).

---

27 EGMR, *Buck v. Germany*, Entscheidung vom 28.4.2005, Nr. 41604/98, § 44.

28 EGMR, *Lautsi u.a. v. Italien*, Entscheidung vom 18.3.2011, Nr. 30814/06.

29 EGMR, *Sahin v. Türkei*, Entscheidung vom 10.11.2005, Nr. 44774/98.

30 Die Informationen zur Metaethik wurden übernommen aus *Scarano, Nico*, Metaethik. Ein systematischer Überblick, in: Düwell, Marcus/Hübenthal, Christoph/Werner, Micha (Hrsg.), Handbuch Ethik, Stuttgart, Weimar, 2002, S. 25 *ff.*

31 Hepfer, Karl, Philosophische Ethik, Freiburg 2008, S. 24; vgl. Hume, David, A Treatise of Human Nature (Buch III, Teil I, Kapitel I), zitiert nach Hepfer, Karl, Philosophische Ethik, Freiburg 2008, S. 24.

32 Jestaedt, Matthias (Hrsg.), Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 1934 (Studienausgabe), Tübingen 2008.

33 Hart, H.L.A., Der Begriff des Rechts, Frankfurt a.M. 1973, S. 255.

34 Luhmann, Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995, S. 78.

b) Münchhausen-Trilemma

Nach verbreiteter, im sog. Münchhausen-Trilemma zum Ausdruck kommender Ansicht kann es keine überzeugende Letztbegründung geben. Dies postulieren etwa *Albert*[*35] und andere Vertreter des von *Popper* begründeten Kritischen Rationalismus. Danach führen Letztbegründungsversuche im Ergebnis (1) zu einem Dogma, das sich nicht beweisen lässt, (2) zu einem infiniten Regress, bei dem sich jede Begründung wieder hinterfragen lässt oder (3) zu einem Zirkelschluss.[*36] Unbezweifelbare Erkenntnisse gebe es nicht. Einen ähnlichen Ansatz vertrat in der Antike *Agrippa*.[*37] Um nicht in einen Widerspruch zu geraten, behaupten die Vertreter des Kritischen Rationalismus nicht die Erwiesenheit des Münchhausen-Trilemmas. Sie betrachten dieses vielmehr als philosophische Hypothese.[*38] Auf die Universalität westlicher Werte übertragen, bedeutet dies, dass eine Letztbegründung nicht möglich ist.

Indes lässt das Münchhausen-Trilemma zwei andere Begründungswege zu: Zum einen lassen sich westliche Werte möglicherweise auf ein Dogma (eine Prämisse) zurückführen, dem der Argumentationspartner zustimmen kann. Damit sind zwar nicht sämtliche Zweifel an der Richtigkeit ausgeschlossen. Doch liegt eine hinreichende Begründung für diejenigen vor, die die Prämisse akzeptieren. Zum anderen geht der Kritische Rationalismus davon aus, dass Normen von Menschen gemacht sind.[*39] Sie dienen dazu, Probleme zu lösen. Der Gesetzgeber kann Alternativen vergleichen. Bewähren sich Normen, kann er sie beibehalten, andernfalls modifizieren. Die Kriterien, nach denen sich dies beurteilt, sind nach dem Kritischen Rationalismus von Menschen festzulegen. In der Entwicklung solcher Kriterien könnte ein zweiter Ansatz zur Rechtfertigung der Universalität westlicher Werte zu sehen sein.

5. Klassische Begründungen

Einzugehen ist noch auf drei klassische Begründungsansätze, die nicht zu überzeugen vermögen.

a) Naturrecht

Nach bestimmter Auffassung lassen sich Gerechtigkeitsprinzipien[*40] oder Teile des geltenden Rechts aus der Natur bzw. der Vernunft des Menschen herleiten.

Der Naturrechtsgedanke erlebte unter dem Eindruck des Zweiten Weltkriegs einen Aufschwung, der in der Radbruchschen Formel zum Ausdruck kam.[*41] Der Naturrechtsgedanke hat Eingang in das positive Recht gefunden. So stellt Art. 20 Abs. 3 GG klar, dass Gesetz und Recht voneinander abweichen können, und erteilt der Argumentation „Gesetz ist Gesetz"[*42] eine Absage. Art. 51 UN-Charta hebt das „naturgegebene" Recht zur Selbstverteidigung hervor. Dem Naturrecht ist zu verdanken, dass Autoren wie *Thomas v.Aquin, Grotius, Wolff* oder *Kant* elementare Rechtsgrundsätze herausarbeiteten (*argumentum ad verecundiam*), dies eine lange Tradition bewahrte (historisches Argument) und in völkerrechtliche Texte wie UN-Charta oder AEMR einfloss.

Wenn der Naturrechtsgedanke zum Zweck der Letztbegründung herangezogen wird, vermag er nicht zu überzeugen. Er zieht einen unzulässigen Schluss vom Sein (Natur, Vernunft) auf das Sollen. Doch „*von dem, was ist oder tatsächlich geschieht, kann kein Schluss auf das, was sein oder geschehen soll*" gezogen

35 Albert, Hans, Traktat über kritische Vernunft, 4. Aufl., Tübingen 1980, S. 11 *ff.*

36 Albert, Hans, Traktat über kritische Vernunft, 4. Aufl., Tübingen 1980, 13.

37 Reich, Klaus (Hrsg.), Diogenes Laertius, Leben und Meinungen berühmter Philosophen, Bd. 2, Hamburg 2008, 9. Buch, 88.

38 Albert, Hans, Traktat über kritische Vernunft, 4. Aufl., Tübingen 1980, S. 187.

39 Die Informationen in diesem Absatz wurden übernommen von Niemann, Hans-Joachim, Wie objektiv kann Ethik sein, Aufklärung und Kritik, Sonderheft 5/2001, S. 23.

40 Vgl. Kelsen, Hans, Was ist Gerechtigkeit, Stuttgart 2000, S. 46.

41 Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, S. 105, 107 (Rechtschreibung angepasst).

42 Vgl. zur Aussage „Gesetz ist Gesetz", die den deutschen Juristenstand gegenüber dem NS-Unrecht wehrlos gemacht habe, Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, S. 105.

werden.[*43] Ohne Zusatzprämisse ist ein naturrechtlicher Ansatz zum Scheitern verurteilt. Mit einer Naturrechtslehre, die dies nicht berücksichtigt, lässt sich „alles und daher nichts" beweisen.[*44]

b) Utilitarismus

Der von Autoren wie *Bentham* und *J.S. Mill* entwickelte Utilitarismus lenkt den Blick darauf, Politik nicht am Wohl der herrschenden Klasse, sondern am Allgemeinwohl auszurichten. Dies kommt in dem Schlagwort des größten Glücks der größten Zahl bzw. dem Ziel „die Totalsumme des Wohlseins der Individuen zu vermehren"[*45] zum Ausdruck. Insoweit lässt sich argumentieren, eine Verwirklichung der westlichen Werte erhöhe das Wohl der Bevölkerung. In diesem Sinne kann eine Zunahme demokratischer Partizipation empirischen Untersuchungen zufolge das Glücksniveau der Bevölkerung erhöhen.[*46] Dieser Aspekt des Utilitarismus kann in die Rechtfertigung fundamentaler Gerechtigkeitsprinzipien einfließen.

Doch gerät der Utilitarismus aus strukturellen Gründen mit ihnen immer wieder in Konflikt. So vertritt *Hare* die Ansicht, ein noch nicht gezeugter Mensch habe das gleiche Lebensrecht wie ein geborener Mensch. Dementsprechend dürfe man ein neu geborenes behindertes Kind töten, um einem noch nicht gezeugten gesunden und voraussichtlich glücklicheren Menschen die Möglichkeit zum Leben zu verschaffen.[*47] In ähnlichem Sinne argumentiert *Singer*.[*48] Solche Ansichten stehen in Widerspruch u.a. zu Strafrecht, Grundgesetz, Europäischer Grundrechtecharta, Europäischer Menschenrechtskonvention und AEMR.

c) Gesellschaftsvertrag

Ein weiterer Ansatz ist die Rückführung von Gerechtigkeitsprinzipien auf einen Gesellschaftsvertrag. So leitet *Rawls*[*49] in Fortentwicklung von Überlegungen *Lockes*, *Rousseaus* und *Kants* Gerechtigkeitsgrundsätze aus einer unter dem „Schleier des Nichtwissens" zustande kommenden fiktiven Übereinkunft her. Dieser Ansatz lenkt den Blick auf den mutmaßlichen Willen der Rechtssubjekte.

Indes liefert auch er keine überzeugende Letztbegründung fundamentaler Gerechtigkeitsprinzipien. So bleibt die Frage, weshalb ein fiktiver Gesellschaftsvertrag als Rechtfertigung genügen sollte. Außerdem ist Konsens in einer größeren Gruppe kaum zu erzielen. Dies wirft u.a. die weitere Frage auf, ob eine (fiktiv) überstimmte Minderheit an den Gesellschaftsvertrag gebunden ist und wie ihre Rechte geschützt werden. Zudem tritt das Problem auf, weshalb die Abstimmenden im Nachhinein an den Vertrag gebunden sein sollten, während tradierte Regelsysteme eine solche Bindung tendenziell ablehnen (Wegfall der Geschäftsgrundlage, *clausula rebus sic stantibus*).[*50] Die Antworten auf diese Fragen lassen sich wiederum hinterfragen, was letztlich zu einem infiniten Regress bzw. Dogma im Sinne des Münchhausen-Trilemma führt.[*51]

Im Übrigen ist zweifelhaft, ob die Ergebnisse eines unter dem Schleier des Nichtwissens zustande gekommenen Gesellschaftsvertrags stets wünschenswert sind. In der Praxis dürften *Rawls'* Gedankenexperimente den Anfang des 18. Jahrhunderts geschlossenen Piraterie-Verträgen nahe kommen. Diese sahen nicht selten vor, dass die Piraten eines Schiffes ihren Kapitän demokratisch wählten und im Falle von Verletzungen, die sie wegen des Schleiers des Nichtwissens vorab nicht voraussehen konnten, eine Invalidenrente erhielten.[*52] Was diesen Verträgen u.a. fehlte, war das Verbot von Gewaltanwendung gegenüber Dritten.

43 Kelsen, Hans, Was ist Gerechtigkeit, Stuttgart 2000, S. 47. Interpunktion teilweise geändert.

44 Kelsen, Hans, Was ist Gerechtigkeit, Stuttgart 2000, S. 48.

45 Bentham, Jeremy, Principles of Morals and Legislation, S. 5; zitiert nach Dumont, Etienne (Hrsg.), Jeremias Bentham's Principien der Gesetzgebung, Nachdruck 1966.

46 Frey, Bruno S./Stutzer, Alois, Happiness, Economy and Institutions, in: The Economic Journal, 110 (466, Oktober), 2000, S. 918 *ff.*; zitiert nach http://e-collection.library.ethz.ch (Stand: 18.7.2012). – DOI: http://dx.doi.org/10.1111/1468-0297.00570.

47 Hare, Richard Mervyn, Das missgebildete Kind. Moralische Dilemmata für Ärzte und Eltern, in: Leist, Anton (Hrsg.), Um Leben und Tod, Frankfurt a.M. 1990, S. 374, 382.

48 Singer, Peter, Praktische Ethik, Stuttgart 1984, S. 200 *ff.* und 223.

49 Rawls, John, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1975, S. 28 *f.*

50 Vgl. § 313 BGB.

51 Vgl. Radnitzky, Gerard, Zeitgenössische Gerechtigkeitstheorien unter der logischen Lupe, Aufklärung und Kritik, Sonderheft 2/1996, S. 31 *ff.*

52 Speckmann, Thomas, Teuflische Kostümierungen der Egalität. Piraten als Demokraten in einem undemokratischen Zeitalter, FAZ, 28.1.2009, Nr. 23, S. N3.

Die Piraten beschränkten sich nicht darauf, als Ackerbauern und Viehzüchter Inseln zu kolonialisieren; sie spezialisierten sich auf Raubzüge.

6. Herleitung aus Prämissen

Da eine Letztbegründung nicht möglich ist, verbleibt gemäß dem Münchhausen-Trilemma die gedankliche Rückführung auf eine Prämisse (ein Dogma). Macht man diesen Schritt mit, könnte eine Ausgangsbasis möglicherweise gefunden werden. Zu den Prämissen, auf welche sich die Staatengemeinschaft beruft, gehören Frieden, Konsens, Gleichheit, völkerrechtliche Verpflichtung und die Betrachtung der Menschenrechte als Dogma, das keiner weiteren Begründung bedarf.

a) Frieden

Das völkerrechtliche Gewaltverbot, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit sowie ein Mindeststandard an Menschenrechten lassen sich nach übereinstimmender Ansicht der Staatengemeinschaft auf die Prämisse zurückführen, dass Frieden wünschenswert ist.[*53] Allerdings kann die gewaltsame Ausschaltung von Gegnern unter Verstoß gegen die genannten Grundsätze auch zu Frieden im Sinne einer „Friedhofsruhe" führen. Es erscheint auch wenig erfolgversprechend, allein mit Hilfe des Friedensziels kollidierende Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen, um beispielsweise zu ermitteln, ob eine militärische Intervention zum Schutz der Menschenrechte gerechtfertigt ist.

b) Konsens

Ein Mindeststandard an grundlegenden Gerechtigkeitsprinzipien lässt sich möglicherweise auf einen Konsens der Staatengemeinschaft zurückführen. In diesem Sinne verweist die Präambel der AEMR auf „ein gemeinsames Verständnis dieser Rechte und Freiheiten". Der Konsens der Staatengemeinschaft ist schwer zu erzielen und daher ein starkes Argument. Er liefert jedoch keine Gewissheit.

c) Gleichheit

Nach der Präambel der AEMR handeln die Staaten in Anerkennung „der gleichen und unveräußerlichen Rechte" aller Menschen. Art. 1 AEMR hebt hervor, dass alle Menschen „gleich an Rechten" geboren sind. Die Prämisse, dass alle Menschen im Rechtssinne gleichwertig sind und deshalb einen Mindestschutzstandard genießen sollten, leuchtet der überwiegenden Mehrheit der Menschen ein. Ergänzend lässt sich auf *Rousseau* verweisen.[*54] Doch bleibt die Frage, wie sich aus dem abstrakten Konzept der Gleichheit komplexe Regelungen zu Gewaltverbot, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten herleiten lassen. Dies dürfte das Moment der Gleichheit überdehnen und zusätzliche Prämissen erfordern.

d) Völkerrechtliche Verpflichtung

Die Staatengemeinschaft stuft das Hinwirken auf grundlegende Gerechtigkeitsprinzipien als völkerrechtliche Verpflichtung ein.[*55] Die AEMR erging in Umsetzung einer solchen Verpflichtung. In diesem Sinne stellt die Präambel der AEMR klar, dass sich die Mitgliedstaaten „verpflichtet haben, in Zusammenarbeit mit den Vereinten Nationen auf die allgemeine Achtung und Einhaltung der Menschenrechte und Grundfreiheiten hinzuwirken." Indes bleibt auch insoweit zu beachten: Wegen der Unzulässigkeit des Schlusses

53 Vgl. die Präambeln der AEMR und der UN-Charta.

54 Schmidts, Ludwig (Hrsg.), Rousseau, Jean-Jacques, Emil oder über die Erziehung, 13. Aufl., Paderborn 1998, S. 14: „In der natürlichen Ordnung sind alle Menschen gleich."

55 Siehe auch Art. 1 Ziff. 3 UN-Charta.

vom Sein auf das Sollen kann von einer rechtlichen Verpflichtung nicht auf das Sollen (Gerechtigkeit) geschlossen werden.

e) Menschenrechte als Dogma

Der Glaube an Gewaltverbot, Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechte lässt sich ggf. als Dogma im Sinne des Münchhausen-Trilemma ansehen, das keiner weiteren Begründung bedarf. So betont die Präambel der UN-Charta den „Glauben an die Grundrechte des Menschen." Auch die Präambel der AEMR hebt den „Glauben an grundlegende Menschenrechte" hervor. Damit scheint es nach Ansicht der Staatengemeinschaft einen Mindeststandard zu geben, der so selbstverständlich ist, dass er keiner weiteren Rechtfertigung bedarf. Indes handelt es sich auch bei dieser Ansicht nicht um eine hinreichende Antwort auf die Frage nach der Rechtfertigung umfassender Grundsätze. Letztlich manifestiert sich in ihr eine Kapitulation vor dem Problem.

7. Beweisproblematik

Nachdem die Herleitung der westlichen Werte aus nur einem Prinzip bzw. nur einer Prämisse nicht möglich erscheint, ist nach einer komplexeren Lösung Ausschau zu halten. Diese könnte in der Verständigung auf Kriterien liegen, mit deren Hilfe sich feststellen lässt, welche Rechtsnorm gerecht ist. Es geht mit anderen Worten um den richtigen Beweismaßstab. Im Folgenden wird vorgeschlagen, zur Lösung des Problems Überlegungen aus dem Kritischen Rationalismus, den Tatsachenfeststellungen vor Gericht sowie dem juristisch/politologischen Legitimationskonzept miteinander zu verbinden.

a) Fachspezifische Beweismaßstäbe

Die Beweismaßstäbe in den jeweiligen Fachbereichen sind unterschiedlich. Ein besonders strenger Beweismaßstab gilt in der Erkenntnistheorie. Viele Autoren weisen darauf hin, dass Erkenntnis trügerisch sein könne. *Kant* etwa vertritt die Ansicht, die Sinne könnten nicht die „Dinge an sich", sondern nur ihre Erscheinungen wahrnehmen.[*56] *Putnam* hat die Frage ins Gespräch gebracht, ob wir möglicherweise ein „Gehirn in einem Tank" sein könnten, das an einen Computer angeschlossen ist, der eine Außenwelt vorspiegelt.[*57] Letztlich ist aus erkenntnistheoretischer Sicht wohl nicht zweifelsfrei zu beweisen, dass eine Außenwelt existiert, auch wenn es vernünftig ist, dies anzunehmen.

In der Mathematik gilt ebenfalls ein strenger Beweismaßstab. Mathematiker haben die für die Primzahlverteilung relevante *Riemannsche* Vermutung[*58] auf den ersten 10 Billionen Positionen geprüft und für richtig befunden.[*59] Dennoch ist der mathematische Beweis nicht geführt, denn bei der 11billionensten Position könnte eine Abweichung gegeben sein. Erst wenn eine Abweichung bei allen denkbaren Positionen ausgeschlossen ist, ist die *Riemannsche* Vermutung bewiesen. Nicht auseinandersetzen muss sich ein mathematischer Beweis mit der Frage, ob eine Außenwelt existiert.

In der Physik genügt ein gegenüber Erkenntnistheorie und Mathematik weniger strenger Beweismaßstab. So galt das *Higgs*-Bosons, nach dem die Teilchenphysiker lange Zeit fahndeten, als entdeckt, nachdem die Wahrscheinlichkeit eines Zufallsfundes auf ca. 1 zu 3 Millionen gesunken war (Signifikanz von 5 Sigma).[*60] Auf diesen Maßstab haben sich die Teilchenphysiker verständigt. Freilich können neue Messergebnisse eine physikalische Theorie jederzeit wieder in Frage stellen.

In Bezug auf Tatsachenfeststellungen vor deutschen Gerichten entspricht es der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass für die Beweisführung *„eine absolute, das Gegenteil denknotwendigerweise ausschließende und von niemandem anzweifelbare Gewissheit nicht erforderlich ist, vielmehr ein nach der*

56 Kant, Immanuel, Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, Hamburg 1969 (Nachdruck), § 13 Anm. II.

57 Vgl. Putnam, Hilary, Vernunft, Wahrheit und Geschichte, Frankfurt a.M. 1990, 1. Kapitel.

58 Vgl. Sautoy, Marcus, Die Musik der Primzahlen. Auf den Spuren des größten Rätsels der Mathematik, München 2003.

59 Ribenboim, Paulo, Meine Zahlen, meine Freunde, Berlin, Heidelberg 2009, S. 76.

60 Vgl. Vaas, Rüdiger, Higgs, Higgs, Hurra, Bild der Wissenschaft 11/2012, S. 50.

Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit genügt, das vernünftige Zweifel und nicht bloß auch denktheoretische Möglichkeiten … nicht zulässt."[*61] Das Argument, es sei keine Außenwelt zu beweisen, erst recht keine Straftat, würde vor Gericht nicht überzeugen. Hintergrund für diesen Beweismaßstab ist der mit einer Gerichtsentscheidung verfolgte Zweck. Würden die Gerichte bei der Beweiswürdigung einen skeptischen erkenntnistheoretischen Maßstab anlegen, wäre ein Beweis nicht zu erbringen. Staat und Rechtsordnung brächen zusammen.

Nach dem Vorangegangen steht fest, dass Beweismaßstäbe von ihrer Funktion abhängig sind und unterschiedlich ausgestaltet sein können. Wie sie beschaffen sind, haben Mathematiker, Teilchenphysiker und Juristen für ihr jeweiliges Fachgebiet festgelegt. Diese Festlegungen sind menschengemacht. Es gibt keinen plausiblen Grund für die Annahme, dass es in Bezug auf Gerechtigkeitsprinzipien anders sein sollte. Allerdings haben sich die Metaethiker im Unterschied zu Mathematikern, Teilchenphysikern und Juristen auf einen für ihr Fachgebiet spezifischen Beweismaßstab bislang nicht einigen können.

b) Beweismaßstab für die Begründung der westlichen Werte

Aus der Funktion der Gerechtigkeit als dem anzustrebenden Idealzustand einer Rechtsordnung lassen sich gewisse Vorgaben für den anzulegenden Beweismaßstab gewinnen:

(1) Es muss möglich sein, Gerechtigkeitsprinzipien in geltendes Recht zu übertragen (Sollen impliziert Können,[*62] *ultra posse, nemo obligatur*). Dabei scheiden alle nichtrealisierbaren Überlegungen aus, was den Kreis der in Betracht kommenden Gerechtigkeitsprinzipien einengt.

(2) Gerechtigkeitsprinzipien sind mit denkbaren Alternativen zu vergleichen.[*63] Die Alternative, für welche die besseren Argumente sprechen, verdient jeweils den Vorzug. Soweit auf internationaler oder innerstaatlicher Ebene eine bessere Alternative existiert, ist der Idealzustand nicht erreicht. Dies vereinfacht die Argumentation. Es ist nicht notwendig, die absolute Richtigkeit eines Gerechtigkeitsprinzips zu beweisen, sondern lediglich seine relative Vorzugswürdigkeit.

(3) Theoretische Zweifel sind für die Bewertung der Gerechtigkeitsprinzipien ebenso belanglos wie für Tatsachenfeststellungen vor Gericht. Wird der Anspruch auf praktische Umsetzbarkeit erhoben, hat man einen geringeren Überzeugungsgrad zugrunde zu legen, wie ihn der Bundesgerichtshof für die Tatsachenfeststellung vor Gericht genügen lässt. Andernfalls gelangt man nicht zu belastbaren Ergebnissen. Weltweite Verbreitung von Gerechtigkeitsprinzipien lässt sich daher fordern, soweit kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass sie gegenüber Alternativen auf internationaler und innerstaatlicher Ebene vorzugswürdig sind.

(4) Eine einzelne Prämisse („eine sichere Quelle der Erkenntnis") reicht nicht aus, um aus ihr Gerechtigkeitsprinzipien herzuleiten, wie sie für den Aufbau einer modernen Rechtsordnung erforderlich sind.[*64] Vielmehr ist wie bei Tatsachenfeststellungen vor Gericht eine Würdigung der Gesamtumstände vorzunehmen.

(5) Um das Gerechtigkeitsniveau[*65] eines Rechtsprinzips oder einer Rechtsnorm zu bestimmen, ist eine Würdigung aller Anknüpftatsachen vorzunehmen. Dies hat Ähnlichkeit mit dem juristisch/politologischen Legitimations-Konzept. Danach ergibt sich aus den Gesamtumständen („plurale Legitimation"[*66]) ein Legitimationsniveau. Dieses kann sich insbesondere aus dem (mutmaßlichen) Willen der Bevölkerung (Input-Legitimation) und/oder dem Nutzen für die Bevölkerung (Output-Legitimation) ergeben.[*67] In vergleichbarer Weise ist das Gerechtigkeitsniveau zu bestimmen.

---

61 BGH, Urteil vom 6.11.1998, 2 StR 636/97.

62 Hepfer, Karl, Philosophische Ethik, Freiburg 2008, S. 34.

63 Niemann, Hans-Joachim, Wie objektiv kann Ethik sein, Aufklärung und Kritik, Sonderheft 5/2001, S. 23.

64 Vgl. Albert, Hans, Die Idee der kritischen Vernunft. Zur Problematik der rationalen Begründung und des Dogmatismus, Aufklärung und Kritik 2/1994, S. 16 *ff.*

65 Den Begriff verwenden z.B. Höffe, Otfried, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, München 1999, S. 326; Losch, Bernhard, Kulturfaktor Recht. Grundwerte – Leitbilder – Normen, Köln 2006, S. 196; v.Wartenberg, Ludolf/Haß, Hans-Joachim, Investition in die Zukunft. Wie Deutschland Anschluss an die globalisierte Welt findet, Weinheim 2005, S. 181.

66 Schliesky, Utz, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, Tübingen 2004.

67 Sotirios, Petrovas, Parliamentary Democracy in the Lisbon Treaty, Florida 2011, S. 40 mwN.

Eine Aufgabe der Rechtsphilosophie liegt darin, Umstände zu identifizieren, die sich auf das Gerechtigkeitsniveau positiv, negativ oder neutral auswirken, und Kriterien zu ihrer Abgrenzung und Gewichtung auszuarbeiten. Als Vorbild kann die Abwägung unterschiedlicher Rechtsgüter bei der Auslegung der Verfassung und der EMRK dienen. Optimal wäre es, wenn sich die Metaethiker zu diesem Zweck – ähnlich wie Mathematiker, Teilchenphysiker und Juristen – auf einen einheitlichen Beweismaßstab verständigen, um die Kluft zwischen Sein und Sollen zu überbrücken. Der Umstand, dass dies bislang nicht gelungen ist, steht einer Würdigung der Gesamtheit der Anknüpftatsachen nicht entgegen.

c) Anknüpftatsachen

Im Rahmen einer Würdigung der Gesamtumstände sind insbesondere die bereits erwähnten Argumente zu berücksichtigen. Während sie für eine Letztbegründung fundamentaler Gerechtigkeitsprinzipien nicht hinreichen, vermögen sie im Rahmen einer Würdigung der Gesamtumstände volle Überzeugungskraft zu entfalten:

aa) Rechtsbezogene Anknüpftatsachen

- Das Gewaltverbot ist bereits gegenwärtig Bestandteil des Völkerrechts (Art 2 Ziff. 4 UN-Charta)
- Die AEMR lässt einen Konsens der Staatengemeinschaft in Bezug auf Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechte als langfristig anzustrebende Ideale erkennen
- Die Staatengemeinschaft hat diesen Konsens in der Milleniumserklärung von 2000 bekräftigt. Dies verdeutlicht, dass der Konsens fortbesteht und auch Staaten umfasst, die ihre Unabhängigkeit 1947 noch nicht erlangt hatten
- Viele Staaten haben weitere Gerechtigkeitsprinzipien mit Geltung für sich völkerrechtlich verbindlich festgeschrieben, so im UN-Zivilpakt und im UN-Sozialpakt
- Der Kern des Gewaltverbots sowie das Verbot des Völkermordes, des Sklavenhandels, der Folter und der willkürlichen Tötung gehören zum völkerrechtlichen zwingenden Recht (*ius cogens*) und haben höchste völkerrechtliche Bedeutung
- Einige Staatengruppen haben auf regionaler Ebene noch weitergehende Regelungen verwirklicht. Hervorzuheben ist u.a. die EMRK mit ihren Individualbeschwerdemöglichkeiten
- Die westlichen Werte knüpfen an eine lange Tradition in der Rechtphilosophie an (*argumentum ad verecundiam*)
- Die Verwirklichung der Gerechtigkeitsprinzipien dient der Umsetzung bereits eingegangener rechtlicher Verpflichtungen.

bb) Input-Legitimation (mutmaßlicher Wille der Bevölkerung)

- Wichtige Normen sind „im moralischen Kernbestand aller großen Weltreligionen und der von ihnen geprägten Kulturen verankert"[*68]
- Eine Befragung von Intellektuellen vor Verabschiedung der AEMR ergab, dass die darin enthaltenen Prinzipien im Wesentlichen in allen Kulturkreisen geteilt werden[*69]
- Viele Menschen verfügen über „intuitive Kenntnis" grundsätzlicher Normen,[*70] viele akzeptieren ohne weitergehende Begründung, dass alle Menschen gleichwertig sind und deswegen einen gleichen Mindeststandard an Rechten haben sollten
- Würde sich die Weltbevölkerung unter dem „Schleier des Nichtwissens" im Sinne von *Rawls'* Regeln für ein Zusammenleben geben, dürfte sich eine Mehrheit – auch wenn sich ein Konsens wohl nicht erreichen ließe – für die genannten Prinzipien aussprechen

68 Habermas, Jürgen, Zur Verfassung Europas, Berlin 2011, S. 92.

69 Liese, Andrea, Staaten am Pranger. Zur Wirkung internationaler Regime auf innerstaatliche Menschenrechtspolitik, Wiesbaden 2006, S. 62.

70 Habermas, Jürgen, Zur Verfassung Europas, Berlin 2011, S. 92.

– Gäbe es einen weltweiten „rationalen Diskurs"[*71] „aller möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer" im Sinne von *Habermas,* würde sich die Mehrheit – auch wenn möglicherweise nicht alle Betroffenen zustimmen können – am ehesten für die genannten Werte aussprechen
– Würde die Weltbevölkerung über eine Vielzahl von Staatsmodellen abstimmen, indem sie bei jeder Abstimmung ein Modell abwählte und dann über die verbliebenen abstimmte, würde aller Voraussicht nach ein Modell übrig bleiben, das den genannten Prinzipien nahe käme.

cc) Output-Legitimation (Nutzen für die Bevölkerung)

– Die Verwirklichung der Gerechtigkeitsprinzipien trägt nach einvernehmlicher Ansicht der Staatengemeinschaft zum Frieden bei
– Sie trägt nach gleicher Ansicht zur Freiheit von Furcht und Not der Weltbevölkerung bei
– Sie erhöht die Zufriedenheit der Bevölkerung, was in Umfragen und Indizes, etwa dem *Human Development Index,*[*72] zum Ausdruck kommt. Darin schneiden Nordamerika, Westeuropa, Australien, Neuseeland, Japan und Südkorea besonders gut ab. Menschen mit höherem Anteil an demokratischer Partizipation sind glücklicher als Menschen in Gebieten mit weniger hohen Standards[*73]
– Staaten, die westliche Werte weitgehend verwirklicht haben, etwa die USA, Kanada, die EU-Staaten, Australien und Neuseeland, genießen in der Staatengemeinschaft tendenziell hohes Ansehen. Staaten wie Iran, Syrien oder Weißrussland, in denen massive Verstöße gegen die genannten Prinzipien an der Tagesordnung sind, genießen tendenziell weniger Ansehen
– Es gibt eine gewisse Korrelation zwischen dem Fehlen von Gerechtigkeitsprinzipien und dem Scheitern von Staaten, was im *failed state*-Index zum Ausdruck kommt.[*74] Aus dieser Korrelation folgt keine Anleitung zum *State Building*. Doch ist daran u.a. ablesbar, dass das vergleichsweise demokratische und rechtsstaatliche Indien („*borderline*") stabiler ist als die kommunistische VR China („*in danger*")
– Wenn die westlichen Werte in Frage gestellt werden, erfolgt dies oft von Personen, die erkennbar eigennützige Interessen (Machterhalt) verfolgen.

dd) Gegenargumente

– Es besteht in der Staatengemeinschaft kein Konsens über die konkrete Auslegung der genannten Gerechtigkeitsprinzipien. Doch ist dies in innerstaatlichen verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Debatten nicht anders. Ggf. hat ein internationales Gericht über Auslegungsstreitigkeiten zu befinden
– Es besteht keine Einigkeit über den Zeitpunkt oder die Voraussetzungen, unter denen die avisierten Ziele zu verwirklichen sind. Doch ist eine Einigung über das Ob und das Wie wichtiger als über das Wann
– Es gibt immer wieder Verstöße gegen die genannten Prinzipien, selbst gegen völkerrechtliches zwingendes Recht. Doch nennt die Staatengemeinschaft solche Verstöße immer wieder beim Namen.

8. Schlussbetrachtung

Die genannte Auflistung ließe sich um weitere Argumente und Gegenargumente ergänzen. Zudem könnte eine Differenzierung nach einzelnen Rechtsprinzipien und Staaten erfolgen. In jedem Fall zu beachten bleibt: Nur wenn eine Würdigung der Gesamtumstände zu dem Ergebnis führt, dass kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass das Gerechtigkeitsniveau eines Prinzips höher ist als bei allen internationalen und innerstaatlichen Alternativen, ist die Forderung nach weltweiter Einführung gerechtfertigt.

71 Habermas, Jürgen, Faktizität und Geltung, Frankfurt a.M. 1992, S. 138.

72 United Nations Development Programme (UNDP), Human Development Report 2011, New York 2011.

73 Frey, Bruno S./Stutzer, Alois, Happiness, Economy and Institutions, in: The Economic Journal, 110 (466, Oktober), 2000, S. 918 ff; zitiert nach http://e-collection.library.ethz.ch (Stand: 18.7.2012). – DOI: http://dx.doi.org/10.1111/1468-0297.00570.

74 Fund for Peace/Foreign Policy (Hrsg.), The Failed State Index 2011, www.foreignpolicy.com (Stand: 19.6.2012).

Das Gerechtigkeitsniveau der westlichen Werte ist angesichts der dargelegten Anknüpftatsachen hoch. Vielfach ist keine Alternativnorm ersichtlich, die ein ansatzweise vergleichbares Gerechtigkeitsniveau erreicht. So ist die Auffassung, das Verbot des Völkermordes sei ungerecht, unvertretbar. Dass nach dem hier vertretenen Ansatz Ansichten unvertretbar sein können, zeigt eine Analogie zu Tatsachenfeststellungen vor Gericht: Wenn ein Täter vor den Augen einer Menschenmenge und vor laufenden Kameras ein Verbrechen begeht, auf frischer Tat gefasst wird und die Tat gesteht, ist der Beweis unzweifelhaft erbracht. Die Ansicht, die Tat sei nicht erwiesen, weil der Beweis einer Außenwelt nicht erbracht sei oder die Tat von Außerirdischen vorgetäuscht sein könnte, erscheint unvertretbar, selbst wenn sie denklogisch nicht auszuschließen ist. Zu viele Anknüpftatsachen erhärten die Täterschaft. Ähnlich verhält es sich bei der Bewertung des Verbots von Völkermord und anderen fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien.

Über Bedeutung und Gewichtung einzelner Anknüpftatsachen lässt sich streiten. Der hier vertretene Ansatz wird daher in manchen Fällen zu keinem eindeutigen Ergebnis führen. Sowohl rechtlich als auch moralisch umstritten wird beispielsweise die Frage bleiben, ob und unter welchen Bedingungen die Staatengemeinschaft der Verletzung von Menschenrechten ggf. durch eine humanitäre Intervention begegnen darf. Gleiches gilt für die Frage, ob in extremer Ausnahmesituation Folter zulässig ist,[*75] etwa wenn ein Terrorist in einer Millionenstadt eine mit Zeitzünder versehene Atombombe versteckt hält und das Versteck nicht preisgibt. Denkbar sind ferner Streitigkeiten über die Reihenfolge der Einführung der genannten Werte. So besteht nach *Sharp* die Gefahr, dass die Abkehr von einer Diktatur ohne vorherigen Aufbau einer Zivilgesellschaft einen Rückfall in eine neue Diktatur zur Folge haben kann.[*76] Möglicherweise erscheint es daher im Einzelfall geboten, zunächst die Zivilgesellschaft zu fördern und erst danach demokratische Schritte einzuleiten. In solchen Fällen lässt sich mit dem hier verfolgten Ansatz nicht ohne weiteres eine Zustimmung zu einer bestimmten Ansicht gewinnen. Indes ist dies kein Mangel des Ansatzes. Es kommt die Alltagserfahrung zum Tragen, dass zu bestimmten Positionen unterschiedliche Ansichten vertreten werden und vertretbar sind. Insoweit delegiert der Ansatz die Ausbalancierung der Gerechtigkeitsprinzipien auf die Staatengemeinschaft, den innerstaatlichen Gesetzgeber und die Rechtsprechung.

Das Gerechtigkeitsniveau grundlegender Werte kann einen unterschiedlichen Rang einnehmen. So ist das Verbot von Völkermord bedeutsamer als das Recht, sich an den Künsten zu erfreuen (Art. 27 Abs. 1 AEMR). Denn für das Verbot von Völkermord lassen sich gewichtigere Anknüpftatsachen anführen.

Die Bedeutung der jeweiligen Prinzipien kann sich im Laufe der Zeit ändern. Neue Rechte können zum Katalog der bestehenden hinzutreten. Andere können eine geringere Rangstelle einnehmen oder aus ihm herausfallen.

Das Gerechtigkeitsniveau von Gewaltverbot, Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechten ist angesichts der Vielzahl von Anknüpftatsachen außerordentlich hoch. Alternativnormen werden ein vergleichbares Gerechtigkeitsniveau im Regelfall nicht erreichen. Aus diesem Grund sollten wir an der Universalität der westlichen Werte festhalten.

75 Vgl. Dreier, Horst, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 132 ff mwN.

76 Sharp, Gene, Von der Diktatur zur Demokratie. Ein Leitfaden für die Befreiung, München 2008.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.11

Kärt Pormeister
Magister artium

The Legal Concept of Slavery in the Modern European Legal Sphere[*1]

1. Introduction

Slavery as a legal concept has seemingly lost its relevance in the modern European[*2] legal sphere, with the term 'slavery' being thought to point to an archaic concept. However, developments of the last decade indicate otherwise. In 2001 and 2002, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) dissected the legal concept of slavery in order to determine the applicability of the prohibition of enslavement in modern circumstances.[*3] The term 'slavery' was also incorporated into the Statute of the International Criminal Court (ICC) in 2002.[*4] Then, in 2005, the European Court of Human Rights (ECtHR) analysed the meaning of slavery within the meaning of Article 4 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).[*5] It follows from these developments that the concept of slavery cannot have lost its relevance. On the contrary, slavery is even an ever more serious problem of modern society rather than an archaic concept.[*6] However, not all abuses of a person's integrity and right to self-determination amount to slavery. The question of what practices correspond to the contemporary legal

1 The article is based on the author's master's thesis written and defended in 2013 at the University of Tartu. The original work is written in Estonian.

2 For the purpose of the article, the European legal sphere is defined as consisting of the 47 member states of the Council of Europe. The focus on the modern concept of slavery solely in the European legal sphere is intended to narrow the object of the article in consideration of the fact that, first of all, the modern legal concept of slavery cannot reasonably be expected to be on the same level globally. In Europe, the legal approach to human rights is extremely progressive in a global comparison. Secondly, the historical concept of slavery differs somewhat amongst Western states, particularly between Europe and the United States. For the latter, the concept of slavery had a complex intra-territorial relevance, whereas for European states in the recent centuries slavery had first and foremost been a colonial matter and, accordingly, slavery was initially more of an extraterritorial concept. In consequence, the academic debate addressing the legal concept of slavery and the evolution thereof can hardly be compared between these two parts of the world, certainly not within the capacity of one article.

3 ICTY (Trial Chamber) judgement of 22.2.2001, Case IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*; ICTY (Appeals Chamber) judgement of 12.6.2002, Case IT-96-23&IT-96-23/1-A, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic.*

4 Rome Statute of the International Criminal Court (adopted on 17 July 1998 and entering into force on 1 July 2002) – 2187 UNTS 3.

5 ECtHR judgement of 26.7.2005, Application 73316/01, case of *Siliadin v. France*, Reports of Judgments and Decisions 2005-VII.

6 Today, the trade in human beings is referred to frequently as human trafficking. According to Eurostat's 2013 report on 'trafficking in human beings', the number of cases of human trafficking increased by 18% from 2008 to 2010, reaching nearly 10,000 victims by 2010. The report is available at http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/news/news/2013/docs/20130415_thb_stats_report_en.pdf (most recently accessed on 12.2.2014).

concept of slavery in Europe has raised controversy because of conflicting opinions of recognised scholars, tribunals, and courts. The present article is written to shed light on the contemporary approach to the legal concept of slavery in Europe by applying an evolutionary approach.

2. The historical legal concept of slavery in Europe

The historical concept of slavery in Europe comprised foremost the exploitation of indigenous peoples in the African colonies of the great powers of Europe.[*7] During the Atlantic slave trade, which began in the mid-15th century and continued until the second half of the 19th century, an estimated 11 million people were transported across the Atlantic Ocean, a practice that continued until the anti-slavery movements gained ground in the 19th century.[*8] The first anti-slavery movements are considered to have emerged after the Napoleonic wars, fairly early in the 1800s.[*9] The Congress of Vienna (1814–1815), the Berlin Conference (1884–1885), and the Brussels Conference (1889–1890) are regarded as the most noteworthy historical events in the development of the international anti-slavery movement in 19th-century Europe[*10]—all of which came together to result in the adoption of declaratory acts with certain restrictions pertaining to the slave trade[*11]. These restrictions, however, were aimed first and foremost at balancing the economic interests of conflicting colonial powers. Actual abolition of the slave trade was first incorporated into a binding international convention in the Treaty of Saint-Germain-en-Laye, in 1919.[*12] On the initiative of the British, the latter led to the adoption of the first international instrument enacted for the abolition of not only practising of the slave trade but slavery itself. The Slavery, Servitude, Forced Labour and Similar Institutions and Practices Convention was adopted by the League of Nations in 1926, also referred to as the Slavery Convention of 1926.[*13]

It is in the Slavery Convention of 1926 that the first legal definition of slavery and enslavement can be found. Article 1 of this convention defines slavery as 'the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised'. Later, the Slavery Convention of 1926 was supplemented by the UN's 1956 Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery (or 'the 1956 Supplementary Convention').[*14] Article 1 of the 1956 Supplementary Convention listed practices that were to be abolished by the member states, adding that the terms applied 'whether or not [these were] covered by the definition of slavery contained in article 1 of the Slavery Convention signed at Geneva on 25 September 1926'. Article 1 of the 1956 Supplementary Convention listed practices such as debt bondage, serfdom, practices of selling women into marriage or doing the equivalent with family members, and the practice of inheriting widowed women, while also covering practices whereby children are given away for the purpose of exploiting them. The question of whether the Slavery Convention of 1926 covered practices other than chattel slavery (i.e., *de jure* ownership

7 T. Burnard, G. Heuman (eds). *The Routledge History of Slavery*. Abingdon: Routledge 2011, p. 80.

8 J.P. Rodriguez (ed.). *The Historical Encyclopedia of World Slavery*, Vol. 1 (A–K). Santa Barbara, California: ABC-CLIO 1997, p. xx.

9 S. Zimmermann. The long-term trajectory of anti-slavery in international politics: From the expansion of the European international system to unequal international development. – M. van der Linden (ed.) *Humanitarian Intervention and Changing Labor Relations: The Long-term Consequences of the Abolition of the Slave Trade*. Leiden, The Netherlands: BRILL 2010, p. 449.

10 *Ibid*., p. 663.

11 Act XV, Declaration of the Powers, on the Abolition of the Slave Trade, of the 8th of February, 1815. – Lewis Hertslet (ed.). *A Complete Collection of the Treaties and Conventions, and Reciprocal Regulations at Present Subsisting Between Great Britain and Foreign Powers, and of the Laws, Decrees, and Orders in Council, Concerning the Same; […]*, Vol. 1. London 1840, p. 9 *ff*.; General Act of the Conference of Berlin Concerning the Congo. – *The American Journal of International Law* 3 (1909)/1, Supplement: Official, pp. 7–25; General Act of the Brussels Conference Relative to the African Slave Trade, signed in Brussels on 2 July 1890, printed by Harrison and Sons in 1892.

12 S. Miers. *Slavery in the Twentieth Century: The Evolution of a Global Problem*. Walnut Creek, California: AltaMira Press 2003, p. 61.

13 Slavery, Servitude, Forced Labour and Similar Institutions and Practices Convention of 1926 (Slavery Convention of 1926), adopted on 25 September 1926 and entering into force on 9 March 1927 – 60 L.N.T.S. 253.

14 Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery, adopted on 7 September 1956 and entering into force on 30 April 1957 – 226 U.N.T.S. 3.

of another person) and whether the 1956 Supplementary Convention confirmed or overruled the latter assumption has led to much debate among academics in the field of law.

In 2008, Jean Allain published a book based on the *travaux préparatoires* of the 1926 and 1956 slavery conventions.[*15] In this work, Allain seemed to be arguing that it was not the original intention of the signatories to the 1926 convention for its first article to encompass any other practices than chattel slavery.[*16] However, in other works,[*17] Allain seems to agree that the Slavery Convention of 1926 also had to cover *de facto* ownership over people, rather than merely *de jure* ownership that characterised chattel slavery.[*18] The Secretary-General of the United Nations has explained in one of his memoranda that the wording of Article 1 of the 1956 Supplementary Convention was intended to accept the differences in opinion with respect to the scope of the definition of slavery in the 1926 convention (by accepting that the practices listed in the 1956 Supplementary Convention might or might not have been already covered by the Slavery Convention of 1926).[*19]

Modern legal scholars, however, can be deemed to have come to consensus by agreeing that the 1926 definition of slavery encompassed more than *de jure* ownership of people.[*20] The remaining difference in opinion is in the argued extent of *de facto* ownership. Some authors, Allain among them, argue that certain of the practices listed in the 1956 Supplementary Convention must be defined as servitude while only those entailing *de facto* ownership over another person can be defined as slavery.[*21] This argument is questionable insofar as, even historically, most practices listed in the 1956 Supplementary Convention (all of them in the context of modern society) essentially encompass the *de facto* exercise of some powers attached to the right of ownership over another person.

It can be concluded that even if the 1926 definition of slavery was meant to encompass only chattel slavery, it must be taken into account that the Slavery Convention of 1926 still was designed to regulate colonial matters. Accordingly, its aims did not include regulating intra-territorial matters as later regional conventions (such as the ECHR) did. Notwithstanding the therefore seemingly[*22] somewhat limited relevance of the scope of the 1926 definition of slavery in terms of an evolutionary approach, it must be noted that the wording of Article 1 of the 1926 convention allows next to no room for doubt of the assertion that the definition of slavery in Article 1 was meant to encompass more than merely chattel slavery. First of all, the language 'the status or condition' indicates that the legal status of a slave was not a precondition for slavery within its meaning in the Slavery Convention of 1926 (leaving as it does the option 'condition'). This is further supported by the other part of the definition: 'a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised'. The wording 'any of the powers' indicates that the person in question did not need to be entirely reduced to having the status of an object in order to be covered by Article 1 of the 1926 convention.

If the 1926 definition of slavery indeed already covered *de facto* ownership of another person, the question remains of what practices would have at that point in time amounted to *de facto* ownership. In answering this question, one must take several factors into account. Firstly, the above-mentioned limited intra-territorial effect of the Slavery Convention of 1926 must be recalled. Secondly, the concept of human rights had not been developing as progressively as it did after World War II.[*23] Thirdly, one must look at states'

15 J. Allain. *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*. Leiden, The Netherlands: BRILL 2008. – DOI: http://dx.doi.org/10.1163/ej.9789004158610.1-841.

16 *Ibid*., pp. 9, 59.

17 J. Allain. The definition of 'slavery' in general international law and the crime of enslavement within the Rome Statute. – *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*. The Hague, The Netherlands: ICC-CPI individual authors 2007, pp. 12-13.

18 *Ibid*., pp. 3, 11–12.

19 ECOSOC. The Draft Supplementary Convention of Slavery and Servitude Submitted by the Government of the United Kingdom and Comments Thereon (Memorandum of the Secretary-General), UN Doc. A/C.43/L.1, 2.12.1995, p. 22.

20 N.L. McGeehan. Misunderstood and neglected: The marginalisation of slavery in international law. – *The International Journal of Human Rights* 16(2012)/3, p. 444. See also Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Abolishing Slavery and Its Contemporary Forms, UN Doc. HR/PUB/02/4, D. Weissbrodt and Anti-Slavery International. New York and Geneva 2002, p. 5.

21 J. Allain (see Note 15), p. 59.

22 At the start of the 21st century, both the ICTY and the ECtHR turned to, *inter alia*, the 1926 slavery convention for the definition of slavery, thereby re-establishing its relevance.

23 The aftermath of World War II is seen as an era that served as a catalyst for the international human rights movements. See, for example, J. Morsink. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*. Philadelphia:

economic considerations with regard to slavery in the colonial territories—i.e., what practices could reasonably have been abolished at that point in time in colonial territories—while taking into account cultural and historical factors in those colonial territories just as fully.

3. Slavery in the modern European legal sphere

In the modern European legal sphere, the term 'slavery' can be found in numerous international instruments—*inter alia*, the Statute of the International Criminal Court[*24], the latter being the only modern international legal instrument that actually defines enslavement. It is important to note that, in Article 7, paragraph 2(c), the Statute of the ICC includes, *expressis verbis*, human trafficking in the definition of slavery, emphasising the trafficking in women and children (thus expressly bringing the term 'slavery' into the modern day in line with contemporary practices and circumstances). Although the Statute of the ICC deals with slavery as a crime against humanity and, in doing so, sets as preconditions for the applicability of the concept of enslavement both for the actions to take place as a part of a systematic attack against civilisation and for the perpetrator to have knowledge of the attack, it does not bear relevance with respect to the core elements of enslavement as such, the latter being *de facto* ownership of another person, such as is entailed in the case of human trafficking.

The word 'slavery' can also be found in the United Nations Universal Declaration of Human Rights (UDHR)[*25], the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[*26], and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[*27]. None of these three define slavery, and both the ICCPR and the ECHR follow the wording of the prohibition of slavery in the UDHR. It must be noted that Article 8 of the ICCPR systematically differentiates between slavery and servitude, with these two concepts being separated into two paragraphs. The Commentary to the Drafts for the ICCPR confirms that it was the intent of the drafters of the ICCPR to separate the concepts of slavery and servitude and that the division with separate paragraphs was developed accordingly.[*28] Some argued that human trafficking should be included in the first paragraph prohibiting slavery and the slave trade. This proposal was turned down, as the drafters had the intent of expressly addressing only chattel slavery and the accompanying slave trade in the first paragraph of Article 8.[*29] The second paragraph of Article 8, that prohibiting servitude, was meant to include all other practices, similar to slavery, that entail dominance of one man over another without the latter actually losing the legal status of a free man.[*30]

In 2002, however, the monitoring body of the ICCPR, the UN Human Rights Committee (UNHRC), stated in its General Comment No. 28, pertaining to the non-discrimination-oriented Article 3 of the ICCPR, that under Article 8 of the ICCPR the member states bear the obligation to take measures 'to eliminate trafficking of women and children, within the country or across borders, and forced prostitution'.[*31] The UNHRC added that all member states must also provide information on measures taken 'to protect women and children, including foreign women and children, from slavery, disguised, inter alia, as domestic or other kinds of personal service'. Regrettably, the UNHRC has not published a General Comment dealing exclusively with Article 8 and slavery. However, with the statement made in the General Comment to Article 3, the UNHRC left little doubt as to whether slavery within the meaning of Article 8 of the ICCPR is still limited to chattel slavery and *de jure* ownership of another person as it had historically been understood

University of Pennsylvania Press 1999, p. 36 *ff*.; J. Donnelly. International human rights: A regime analysis. – *International Organization* 40(1986)/3, p. 614 *ff*.

24 Rome Statute of the International Criminal Court (adopted on 17 July 1998 and entering into force on 1 July 2002) – 2187 U.N.T.S. 3.

25 Universal Declaration of Human Rights, UN Doc. A/RES/3/217 A, 10.12.1948.

26 International Covenant on Civil and Political Rights, adopted on 16 December 1966 and entering into force on 23 March 1976 – 999 U.N.T.S. 171.

27 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted on 4 November 1950 and entering into force on 3 September 1953) – 213 U.N.T.S. 222.

28 Secretary-General of the UN. Commentary on the Drafts for the ICCPR. 1955, UN Doc. A.2929, pp. 102–107.

29 *Ibid*., Section 17.

30 *Ibid*., Section 18.

31 Equality of rights between men and women, Article 3, 29.3.2000. UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, General Comment No. 28 (General Comments).

to be. By accepting that slavery can exist in disguised forms, the UNHRC accepted that the modern legal concept of slavery codified in Article 8 of the ICCPR in its paragraph 1 encompasses other forms of slavery than purely chattel slavery.

In 2001 and 2002, in their judgements in the case of *Kunarac et al.*[*32], both the Trial Chamber and the Appeals Chamber of the ICTY conducted a thorough analysis of the legal concept of slavery in European history. The ICTY too came to the conclusion that even in 1926 the concept of slavery had to extend to more than just traditional chattel slavery. The ICTY proposed a non-exhaustive list of criteria to be considered in determination of whether specific practices amount to enslavement. The list of criteria included 'control of someone's movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour'.[*33]

In a surprising contrast to the UNHRC and the ICTY, the ECtHR came to a different conclusion in its 2005 judgement in *Siliadin v. France*[*34] when considering the modern legal concept of slavery codified in Article 4 of the ECHR. As the ICTY did, the ECtHR referred to the Slavery Convention of 1926; however, the ECtHR noted that the 1926 definition of slavery corresponds to the 'classic' meaning of slavery as it was practised for centuries. The ECtHR found that enslavement presupposes depriving a person of his personal autonomy and 'exercising a genuine legal right of ownership' over that person. The Court concluded that the applicant had been kept in servitude but not in slavery. Servitude was defined here as a particularly serious form of denial of freedom, one that, in addition to the obligation to perform certain services for others, entails the obligation for the serf to live on another person's property and the impossibility of altering his condition.[*35] Thus, unlike the UNHRC, the ICTY, and the definition given for slavery in the Statute of the ICC, and, arguably, contrary to the 1926 and 1956 slavery conventions, the ECtHR defined slavery as being limited to *de jure* ownership of another person, with reference to historical chattel slavery. The ECtHR has yet to give an explanation for or comment on the general need to differentiate between servitude and slavery[*36], since, unlike in the ICCPR, these two concepts are dealt with in the same paragraph of Article 4 of the ECHR, and both are non-derogable under Article 15, paragraph 2 of the same convention. The differentiating approach of the ECtHR has been heavily criticised[*37]—in this author's view, rightly so—because there is no historical or contemporary legal basis or practical need for such differentiation.

Later, in 2010, the ECtHR dealt with human trafficking in its judgement in *Rantsev v. Cyprus and Russia*[*38]. The *Rantsev* judgement can be deemed to be one of the most controversial, if not contradictory, judgements of the ECtHR in the last decade. The Court noted, *inter alia*, that the *Rantsev* case was, as the *Siliadin* case was, one dealing with human trafficking, although in the *Siliadin* judgement the Court never addressed the issue of human trafficking. What is more, the Court referred to the judgement of the Appeals Chamber of the ICTY in *Kunarac et al.*, in which the latter had defined slavery as entailing more than what the ECtHR had accepted in *Siliadin*. The ECtHR did not express its opinion on the ICTY judgement but nonetheless included its core theoretical approach in the *Rantsev* judgement. The ECtHR then considered the fact that 'trafficking in human beings, by its very nature and aim of exploitation, is based on the exercise of powers attaching to the right of ownership. It treats human beings as commodities to be bought and sold and put to forced labour, often for little or no payment, usually in the sex industry but also elsewhere', language that corresponds to the definition of slavery in the Slavery Convention of 1926. Therefore, an obvious question arises: did the ECtHR finally accept that slavery can exist in other forms than chattel slavery? That is, did it conclude that the concept of slavery covers human trafficking, which entails *de facto* but not *de jure* ownership of another person (with the latter being legally precluded in all member states of the Council of Europe)? Regrettably, the ECtHR did not further explain what it meant with the quoted statement. Instead,

32 See Note 3.

33 *Ibid.*, Trial Chamber judgement of 22.2.2001, Section 543, repeated in the Appeals Chamber judgement of 12.6.2002, Section 24.

34 See Note 5.

35 *Ibid.*, Section 122.

36 ECtHR judgement of 7.1.2010, Application 25965/04, case of *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Reports of Judgments and Decisions 2010. Setting aside the comment in the case *Rantsev v. Cyprus and Russia* regarding the fact that, in terms of human trafficking falling within the scope of Article 4 of the ECHR, there is no need to differentiate between these two concepts.

37 See, for example, N.L. McGeehan (see Note 20), full article.

38 ECtHR judgement of 7.1.2010, Application 25965/04, case of *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Reports of Judgments and Decisions 2010.

the Court found that in the case of human trafficking there was no need to differentiate among slavery, servitude, and forced or compulsory labour, as human trafficking is clearly contrary to the meaning and purpose of Article 4 of the ECHR.[*39] In this regard, the Court's approach must be celebrated, since adherence to technicalities of the law should not be a purpose in itself, especially when human rights are at issue.

In the case law following the *Rantsev* judgement, the ECtHR, having seemingly forgone the differentiating approach, still went on to refer to its positions in *Siliadin*.[*40] This must be deemed quite contradictory, since the Court had found in the *Rantsev* judgement that the *Siliadin* case too was related to human trafficking, then, in turn, concluded in the judgement in *C.N. and V. v. France*[*41] that the latter had more in common with the *Siliadin* case rather than the *Rantsev* case. In other words, having set aside the differentiating approach in *Rantsev*, the Court nevertheless used that approach in later cases, ones that it (though arguably indirectly) found to be similar to the *Rantsev* case.

Although the ECtHR has yet to set aside its theoretical differentiating approach established in *Siliadin*, the principle of the ECHR being a living instrument[*42] leaves room for improvement and allows one to assume that the ECtHR will eventually follow other international legal authorities in Europe in accepting that the legal concept of slavery has evolved beyond chattel slavery, if it can even be said to have ever been confined to such narrow limits (given that even serfdom did not amount to *de jure* ownership of another person). It must be emphasised that the ECtHR has made clear in its case law that the ultimate goal of the ECHR is to ensure the protection of human rights to the highest possible standards and that those standards rise in tandem with societal development.[*43] In light of this, it cannot be accepted that the ECHR covers the prohibition of slavery only as an outdated and archaic concept, one that has no relevance in the contemporary European legal sphere. Accordingly, the concept of slavery within the meaning of Article 4 of the ECHR must be deemed to encompass more than merely *de jure* ownership over another person.

4. Conclusions

It can be concluded that the legal definition of slavery as involving *de facto* ownership of another person *per se* has not changed since the signing of the Slavery Convention of 1926. However, its practical effect has moved beyond the social and economic circumstances of the early 20th century. The understanding of what constitutes *de facto* ownership of another person has evolved side by side with societal changes; one of the most important factors here being the events that took place during World War II. The latter events are deemed to have been the starting point of the progressive approach to human rights that has now become one of the most important hallmarks of Europe (at least in the legal sphere).

It must be emphasised that three distinct stages in the evolution of the concept of slavery can be delineated. The first is that of the early 20th century and the Slavery Convention of 1926, which was aimed at abolishing slavery and the slave trade as it manifested itself in the colonial territories and with an emphasis on the historic Atlantic slave trade. In that era, the prohibition of slavery had little intra-territorial meaning in continental Europe. In the middle of the 20th century, World War II marks the beginning of the second stage of development, during which human rights instruments were drafted to deal with specific issues of continental Europe and in mindfulness of the atrocities of the war. Therefore, it can be argued that the UDHR, the ECHR, and the ICCPR initially also addressed traditional slavery, since one could easily argue that it had been exercised during the war to the disadvantage of certain social groups. The third stage can be said to have begun after the Cold War and in the years following the collapse of the USSR. That stage began in the late 20th century and extends to the present day. The contemporary international legal system can be said to be divided in the way that international criminal law deals with extreme matters such as systematic enslavement, whereas human rights law in Europe generally concerns individual cases (although they might have a systematic dimension, as seen in *Rantsev*). When one remembers that legal ownership of another person is not possible—except in extreme situations, such as wars, which are dealt

39 *Ibid*., Sections 277–281.

40 See, for example, the ECtHR judgement of 11.10.2012, Application 67724/09, case of *C.N. and V. v. France*.

41 *Ibid*.

42 See, for example, the ECtHR judgement of 25.4.1978, Application 5856/72, case of *Tyrer v. The United Kingdom*, Series A-26, Section 31.

43 *Ibid*.

with in international criminal law—the concept of slavery in human rights law in the European legal sphere cannot but address *de facto* ownership of another person, slavery in less extreme terms than the historical.

For determination of what must be understood to be *de facto* ownership of another person in contemporary terms, the list of criteria set forth by the ICTY can be deemed most suitable. Being non-exhaustive, this list is flexible enough to allow the prohibition of slavery to be used for purposes of employing the strictest approach and thereby reaching the highest possible standard of protection of human rights—which, after all, is what has been determined by the ECtHR to be the ultimate goal of the central human rights protection instrument, the ECHR.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.12

Katri Paas-Mohando[*1]

PhD, Adjunct Lecturer, University of Tartu
Senior Associate at LAWIN Tallinn

Extraterritorial Merger Control Enforcement in Small Economies—Challenges and Possibilities

1. Introduction

It has been widely acknowledged that, while mergers of undertakings can expand markets and bring benefits to the economy, some mergers may reduce competition to an undesirable extent. Therefore, many states, around the globe, have enacted merger control regimes to prevent the emergence of anti-competitive market structures. It is typical that merger control rules require that merging parties notify a competition authority of their transactions before their implementation, whereupon the authority may prohibit the merger or impose conditions on the merging parties if the merger causes competition concerns.

In principle, any state may require the notification of whichever mergers it wishes (whether domestic or involving foreign undertakings) or prohibit the same. States may also take enforcement actions within their boundaries, but their orders with respect to foreign undertakings generally remain 'toothless' abroad, where no mechanism for enforcement can be applied. Hence, exercising effective control over extraterritorial mergers poses challenges to all states.

From the perspective of national competition authorities, four types of merger situations can be distinguished: i) domestic mergers, wherein all firms concerned have their seat within the state of the authority; ii) foreign mergers, wherein the firms concerned have their seat in one and the same foreign state; iii) international mergers, wherein one of the firms concerned is foreign and the other has its seat in the state of the authority; and iv) foreign international mergers, wherein the companies concerned have their seat in two (or more) foreign states.[*2]

Small economies are confronted with foreign, international, and foreign international mergers more often than are larger economies.[*3] At the same time, their power of enforcement, to give effect either to their

---

1 The article is based on the author's doctoral thesis *Implications of Smallness of an Economy on Merger Control*, available at http://dspace.utlib.ee/dspace/bitstream/handle/10062/10282/Paaskatri.pdf?sequence=1 (most recently accessed on 23.5.2014). The author thanks Michal S. Gal, Rosa Greaves, and Michael Steinicke for their useful comments and Paul Varul and Olav Kolstad for excellent supervision. All errors and omissions remain my own.

2 Walter A. Stoffel. International mergers: Merger in small economies. – *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, Fordham Competition Law Institute, Juris Publishing, Inc. 2007, p. 323.

3 *Ibid*., p. 323.

notification requirements or to any later merger prohibition, could be rather limited[*4], as is exemplified below. Therefore, enforcement issues tend to be particularly topical for small economies.

Hence, the aim of this article is to seek ways in which small economies could enhance their enforcement possibilities in cases of foreign, international, and foreign international mergers causing competition problems in said small economy. The article suggests that within the EU the competition authorities of small states facing enforcement issues could benefit from the EU Merger Regulation (EUMR) referral regime. This article could be of interest for competition authorities of small economies in the EU but also for policymakers in other free-trade areas, who might find it appropriate to consider creating a similar system elsewhere.

Proceeding from the aim described, the article is presented in three parts. Firstly, it discusses the problems of small economies with regard to extraterritorial merger control enforcement (in Section 2). Then, in Section 3, it considers various traditional measures, such as co-operation and comity, as means to enhance the enforcement position. Finally, it describes the enforcement options within the EU both under various enforcement regulations and under the EUMR referral regime (in Section 4).

2. The position of small economies with regard to enforcement of merger control

From the perspective of small economies, the enforcement concerns are especially evident in the case of mergers of large multinational firms. If the merging parties are not seated in the small economy that is affected by the merger, the actual bargaining and enforcement power of the competition authorities of the small economy vis-à-vis such market players is often rather limited.[*5]

While large economies could enforce their rules by creating obstacles to operations of foreign undertakings that disregard a merger prohibition or fail to comply with the notification requirements in their jurisdiction (e.g., seizure of assets or suspension of operation licences), this tactic is unlikely to yield a satisfactory outcome for small economies. The main problem is that small economies can rarely make a credible threat to prohibit a merger of foreign undertakings. Given that trade in the small economy usually accounts for only a small portion of the foreign undertaking's total world operations, if the small jurisdiction places significant restrictions on the merger, the foreign undertaking would most likely choose to exit the small economy and trade only in other jurisdictions. Such enforcement issues have been recognised by the members of the International Competition Network.[*6]

This situation is well exemplified by the *Unilever / Ben & Jerry's* (2000) case, from the practice of the Israel Antitrust Authority. The matter had to do with the acquisition of US ice-cream company Ben & Jerry's by the Anglo–Dutch multinational consumer-goods company Unilever. The merger was subject to control, *inter alia*, in Israel, whose competition authority identified competition concerns in the Israeli ice-cream market. The merger was cleared conditionally, after the parties undertook to distribute Ben & Jerry's ice cream through an independent distributor who would be free to determine the prices charged for the products. Moreover, the competition authority required that the quality and quantity of the products be at least as high as it had been before the merger and that any new product be made available to the independent distributor.[*7] Even though such behavioural remedies are generally considered weak options for alleviation of competition concerns,[*8] no better options could be found for the competition authority in this case.

This case shows clearly the difficult trade-offs that the competition authorities of small economies often face in the event of foreign international mergers, as the actual choice of measures is rather limited. Had

4 Competition Law Forum: 'Small economies and competition policy—a fair deal?', summary of conference presentations and discussions in Luxembourg, October 2007.

5 Michal S. Gal. *Competition Policy for Small Economies*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press 2003, pp. 244–246.

6 ICN Special Project for the 8th Annual Conference, 'Competition Law in Small Economies', prepared by the Swiss Competition Commission and Israel Antitrust Authority, 2009. Available at http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc385.pdf (most recently accessed on 23.5.2014), p. 33.

7 Conditions for the approval of the merger between Ben & Jerry's Homemade, Inc. and Unilever NV, cited through Gal (see Note 5), p. 246.

8 For more on this, see Katri Paas. Implications of the smallness of an economy for merger remedies. – *Juridica International* XV (2008), pp. 94–103.

the merger been prohibited by the competition authority, there would have been a great risk that, instead of withdrawing from the transaction, the merging parties would have simply chosen to cease their activities in Israel. This would have been even more detrimental for the Israeli consumers than the anti-competitive merger. As noted by Michal S. Gal, small economies are often left only to rely on the assumption that international firms will not change their strategic decisions (such as Ben & Jerry's introduction of new products in the world market in this case) only to reduce competition in the small economy.*[9]

The above-described conundrum is highlighted also by the economic rationale according to which a foreign undertaking would exit the small economy if its loss of revenue from terminating its trade there would be smaller than the increase of revenues it anticipates as a result of the proposed merger elsewhere. At the same time, the negative welfare effects of the foreign undertaking's exit from the small economy may well be greater than the negative welfare effects of the continued operation of the merged entity within its borders. Accordingly, a small economy usually does not have an incentive to prevent the undertaking from trading within its borders if it did execute the relevant merger. Aware of this consideration, foreign undertakings are unlikely to take into account the effects of their merger on a small economy. They instead consider only the effect of the merger on their own profits in such markets.*[10]

If a merger of large international undertakings has significant anti-competitive effects in various countries, including, for instance, neighbouring larger jurisdictions, it is likely to be prohibited or subjected to remedies by other countries' authorities, and the merger will not take place in the small economy either (or, if remedies are applied, the competition concerns would be resolved). Therefore, small economies can rely on the merger control of larger economies to a certain extent. However, this can only provide a partial solution, because the larger economies focus on the effects of the merger on their markets, and the effects of any given merger on the small economies may be different and more adverse. Moreover, the enforcement foci may differ between jurisdictions. Merger control regimes could pursue various, possibly differing, goals; and efficiency or industrial policy considerations could be taken into account to differing extent. Furthermore, if the merger control of a larger neighbour favours 'national champions' and permits an otherwise anti-competitive merger on this basis, there is little gain for the small economy, which would suffer from the anti-competitive effects of the merger in its markets.

Hence, different states claiming jurisdiction over a merger may have different or even competing goals. If the larger jurisdiction hosting the merging undertakings clears a merger that should, from a small economy's perspective, be prohibited, there is little left for the small economy to regulate. Depending on the circumstances of the case, local remedies could perhaps be applied to rectify the situation in part, but it is unlikely that the larger economy that has cleared the merger would be keen on assisting the smaller jurisdiction to enforce its prohibition. The situation could also be the opposite: a merger might be prohibited by a large jurisdiction but cleared in a small one. In such cases, either the small economy's clearance would remain unused by the merging parties, in the event that they decide to abort the merger upon the large jurisdiction's prohibition, and the pre-merger situation would remain; or the merging parties could decide to implement the merger only in limited scope with respect to activities in the small economy.

There have been voices among practitioners stating that small economies are 'overly paranoid' about their inability to enforce their merger regimes. Large undertakings are generally not prepared to run the reputation risk of being found to have breached a regulatory requirement. Therefore, companies follow the notification requirements of large and small states equally.*[11] The author's experience generally is consistent with this observation. However, while complying with the notification requirements does not generally pose significant problems, particularly where the merger is unlikely to cause competition concerns, the situation could prove different in truly problematic cases.

Therefore, the following section analyses the means that can be employed to overcome enforcement problems, firstly by looking at the issues from a more traditional international perspective, after which the same issues are discussed within the context of the EU system.

---

9 Gal (see Note 5), p. 246.

10 *Ibid*., pp. 242–243; OECD Policy Roundtables: Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies, 2011. Available at http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50114086.pdf (most recently accessed on 23.5.2014), p. 343.

11 Speech by James Webber at the Competition Law Forum: 'Small economies and competition policy—a fair deal?', in Luxembourg, October 2007.

3. International co-operation and comity as means to enhance merger control enforcement

Faced with globalisation of the economy and with the problems of the application and enforcement of merger control rules, international co-operation is gaining increased attention. In pursuit of means to introduce consistent rules and to enhance extraterritorial enforcement, major trading partners have concluded agreements, most of them bilateral at present.[*12] Such agreements adopt positive comity principles targeted at tackling a 'common evil' when there is a predisposition to co-operation and to overcome the problem of non-enforcement by foreign jurisdictions. However, comity principles have limited effect when the merger policy principles adopted by the co-operating jurisdictions differ from one another[*13] or where merger control principles do not take into account the effects of the proposed merger on foreign jurisdictions.

In addition to co-operation agreements, there have been initiatives established from various international platforms aimed at increasing co-operation in the field of competition law.[*14] However, all rules adopted within such frameworks are purely voluntary and non-binding.

Hence, at this stage, the multilateral platforms do not involve operation of any solid extraterritorial enforcement framework as could resolve small economies' merger control related enforcement problems.

4. Enforcement within the EU—a solution for small Member States?

4.1. Enforcement of the European Commission's decisions

The EUMR grants the European Commission a rather extensive toolkit for enforcing merger control rules. It may prohibit a merger under Article 8 (3), but it also may give conditional permission under Articles 6 (2) and 8 (2). Furthermore, where the Commission finds that a merger already implemented is anti-competitive or a merger has been implemented in contravention of a condition attached to a clearance decision, it may order the merger to be dissolved under Article 8 (4) or. take any other measure appropriate for restoring the pre-merger situation as fully as possible.

If the merging undertakings do not obey the merger notification requirements or the Commission's decisions, the Commission may impose rather heavy fines or periodic penalty payments on the merging undertakings as set out in Articles 14 and 15 of the EUMR, respectively. The Commission's decisions imposing pecuniary sanctions must be enforced pursuant to Article 299 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) in the same manner as national judgements in the Member State where the Commission seeks enforcement without any further recognition or other procedures. Hence, the enforcement of the Commission's decisions is rather straightforward and well secured.

---

12 The best known bilateral agreement regarding the application of competition laws has been in place between the EU and the US for decades, since 1991. Further to this development, many bilateral and multilateral antitrust co-operation agreements have been concluded between and among various states, around the globe. For more information, see Jonathan Galloway. Moving towards a template for bilateral antitrust agreements. – *World Competition* 28 (2005)/4, pp. 589–614.

13 Mads Andenas, Anestis Papadopoulos. Antitrust law and international companies. – *European Business Law Review* 12 (2002)/3, p. 201.

14 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) adopted the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices in 1980, and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) adopted its Recommendations and Best Practices in 1965 (with revisions in 1995). There have also been attempts to establish an international competition law regime within the WTO, but, after years of unsuccessful negotiations, this idea was abandoned in 2004. In another development, in 2001, various competition authorities, from all over the world, established the International Competition Network (ICN), which is a good forum for work toward soft-law harmonisation; however, it does not amount to enforcement co-operation in specific cases.

4.2. Enforcement by Member States

Various steps have been taken to facilitate the enforcement of court decisions both on civil[*15] and on criminal matters[*16] within the EU and beyond. However, in most jurisdictions, merger control related infringements constitute administrative or quasi-criminal violations, usually not civil matters or criminal offences. Therefore, most of these legal instruments do not apply in cases of merger control related decisions.

Even though the framework decision pertaining to mutual recognition of financial penalties provides for the mutual recognition of financial penalties imposed by both the judicial and administrative authorities of another Member State, it still does not resolve the merger control enforcement issues. This is because of the 'double criminality rule', according to which the executing state may make its recognition and execution of a decision of an issuing state subject to the condition of the decision being related to conduct that would constitute an offence under the law of the potentially executing state.[*17] This may not be the case with all merger control related violations.

Therefore, if a Member State is seriously concerned about the effects of a merger in its territory and finds difficulty in enforcement against undertakings of another Member State, it is worthwhile to consider resorting to the merger control referral mechanism discussed below, because this would enable subjecting the merger to review by the European Commission, whose decision can be enforced by virtue of Article 299 of the TFEU.

4.3. Division of jurisdiction between the European Commission and national authorities

4.3.1. Division of jurisdiction and referral mechanisms under the EUMR

Article 21 of the EUMR establishes a 'one-stop shop' principle according to which mergers with a 'Community dimension'—i.e., those above the turnover thresholds set forth in Article 1 of the EUMR—fall within the exclusive jurisdiction of the Commission, with Member States being precluded from applying national merger control rules to such mergers.

The general division of jurisdiction between the Commission and national competition authorities is an expression of the subsidiarity principle, which is embodied in Article 5 Treaty on European Union (TEU).[*18] In this light, it is presumed that the Commission is a suitable entity for action with respect to mergers with a Community dimension. The high level of the thresholds is meant to imply the intended transaction having an effect in several Member States and therefore being most appropriately assessed in a uniform way by the Commission.[*19] The possibility of re-attributing jurisdiction by using referral mechanisms provides some flexibility to this presumption.

Transactions involving undertakings from small economies are only rarely subject to control by the Commission. This does not mean, however, that mergers between undertakings from small economies do not have effects in several (small) Member States. The Commission seems to have recognised this, and, therefore, in the course of reform of the EUMR, adjustment of the Community dimension thresholds was debated.[*20] While the thresholds for having a Community dimension remained unchanged, the referral

15 Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22.12.2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001, pp. 1–23.

16 There are various examples: *ibid.*; Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22.7.2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, OJ L 196, 2.8.2003, pp. 45–55; Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24.2.2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, OJ L 76, 22.3.2005, pp. 16–30; Council Framework Decision 2006/960/JHA of 18.12.2006 on simplifying the exchange of information and intelligence between law enforcement authorities of the Member States of the European Union, OJ L 386, 29.12.2006, pp. 89–100.

17 The framework decisions cover offences established by the issuing state and serving the purpose of implementing obligations arising from instruments adopted under the TFEU. This would enable an issuing state to require the recognition and enforcement of financial penalties imposed on undertakings for competition-law violations infringing Articles 101 and 102 of the TFEU, even if such violations do not constitute qualifying offences in the executing state. However, since neither the TFEU nor any instruments adopted under it require Member States to establish a national merger control regime, infringements of national merger control rules are not covered by the framework decisions.

18 Mark Furse. *The Law of Merger Control in the EC and the UK*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, pp. 51–52.

19 Franz J. Säcker *et al. Competition Law: European Community Practice & Procedure*. London: Sweet & Maxwell 2007, pp. 2300–2301.

20 Commission Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No. 4064/89, p. 29; Francisco E.G. Díaz. The reform of European merger control: *Quid novi sub sole*? – *World Competition* 27 (2004)/2, p. 178.

mechanisms were revised—pre-notification mechanisms were introduced and the existing post-notification referral conditions were loosened.[*21]

In consequence of the reforms, the current EUMR provides four case referral mechanisms, in Articles 4 (4), 4 (5), 9 and 22. The table below summarises the distinctive features of the mechanisms envisaged in each of the mentioned EUMR articles (or sections thereof).

Table 1: Summary of referral mechanisms under the EUMR

EUMR article:		4 (4)	4 (5)	9	22
Timing	Pre-notification	×	×		
	Post-notification			×	×
Referral applicant	Merging undertakings	×	×		
	Commission or Member State			×	×
Direction	From Commission to Member State	×		×	
	From Member State to Commission		×		×

Articles 4 (4) and (5) allow merging firms to apply for referral either of a merger that is subject to the Commission's merger control to one or several Member States' control (in Article 4 (4)) or of a merger that is subject to control by one or several Member States to the Commission's control (Article 4 (5)). The application for such referral can be made prior to the notification of the transaction to the authority (or authorities) having the original jurisdiction. After this, the authorities concerned may either approve or disapprove the referral.

Articles 9 and 22 provide for post-notification referral, which can be applied for by either the Commission or any Member State but not by merging firms. Under Article 9 (2), the Commission may refer a merger to one or more Member States if both of the following legal requirements are met:

(i) the merger affects competition in a market
(ii) the market in question is within the requesting Member State, presents all the characteristics of a distinct market, and does not constitute a substantial part of the common market

It is possible to refer the whole transaction or only part of it to one or more Member States.[*22] As is noted above, Member States may request referral also on their own initiative. Having received a referral request from the Commission, Member States may either approve or reject the request.[*23]

From the perspective of competition authorities of small economies Article 22 is the most relevant. Under Article 22 (1) one or more Member States may request the Commission to examine any merger that does not have a Community dimension, if the following two legal requirements are met:

(i) the merger 'affects trade between Member States'
(ii) the merger 'threatens to significantly affect competition within the territory of the Member State or States making the request'

The request can be made by a Member State alone or by Member States jointly, and any other Member State may later join the initial request made by one Member State.[*24] If the Commission accepts the request, the Member State(s) having made the request may no longer apply its/their national legislation to the merger, while Member States that have not joined the request can continue controlling the merger under their national rules.[*25]

In the author's view, the Article 22 referral mechanism should be able to alleviate merger control enforcement concerns of small EU member states. Accordingly, the conditions for resorting to Article 22 referral are examined in more detail below.

---

21 Werner Berg. The new EC merger regulation: A first assessment of its practical impact. – *Northwestern Journal of International Law & Business* 24 (2004)/3, p. 683.

22 EUMR, Article 9 (3).

23 EUMR, Article 9 (6).

24 EUMR, Article 22 (2).

25 EUMR, Article 22 (3), Commission Notice on case referral in respect of concentrations, OJ C 56, 5.3.2005, pp. 2–23, Section 50.

4.3.2. Opportunities under Article 22 of the EUMR

4.3.2.1. Legal requirements for application of Article 22

As indicated above, Article 22 (1) sets out two main substantive legal requirements that must be met for application for a referral. Firstly, the merger should affect trade between Member States.

According to the standard test developed by the European Courts, the notion 'may affect' implies that it must be possible to foresee with a sufficient degree of probability, on the basis of a set of objective factors of law or fact, that the matter may have an influence on the pattern of trade between Member States. Even though such court practice is developed with respect to application of Articles 101 and 102 of the TFEU, the Commission has indicated that this practice can be applied to interpretation of the referral conditions of Article 22 of the EUMR by way of analogy.[*26] The Commission Notice 'Guidelines on the effect on trade concept'[*27] provides a good overview of the relevant criteria. In practice, wider than national relevant markets could also be a factor in argument that the 'affect trade between Member States' criterion is satisfied.

The *Canon/IRIS* merger case[*28] from the Commission's practice serves as an example of how the Commission evaluates this criterion. The case had to do with the acquisition of Belgian office automation equipment provider I.R.I.S. by a Japanese provider of imaging and other electronic equipment, Canon. The review of this transaction was referred to the Commission by the Belgian competition authority, which was subsequently joined by the national competition authorities of Austria, France, Ireland, Italy, Portugal, and Sweden. In the decisions related to the referral under Article 22, the Commission noted that the transaction would affect at least the market for portable document scanners. Given the low transport cost, the absence of region-specific technical requirements, and similar market conditions (including the presence of the same suppliers throughout the EEA), the relevant geographic market was likely EEA-wide in scope. This statement was consistent with the Commission's earlier practice. From this basis, the Commission was satisfied that the referral request showed to the requisite legal standard that the transaction affected trade between Member States.

The second legal requirement prescribes that, for the request to be honoured, the merger should threaten to affect competition significantly within the territory of the Member State(s) making the request.[*29] The referring Member State(s) should demonstrate that based on a preliminary analysis there is a real risk that the transaction may have a significant adverse impact on competition and, therefore, that it deserves close scrutiny.[*30] Such risk is considered sufficient to satisfy this criterion.[*31]

In the referred *Canon/IRIS* case, the Commission pointed out that the request from the Belgian competition authority explained that the proposed transaction threatened to have a significant effect on competition in the market for portable document scanners in Belgium and also in other Member States. The Belgian competition authority had highlighted that the proposed transaction would lead to a high post-merger market share of the merged entity and further increase the concentration in an already oligopolistic market. The combined share of the merging undertakings amounted to more than 50–60% in the EEA by both value and volume and exceeded 70–80% for both in Belgium. The increment in market share was over 30–40% in Belgium and around 10–20% in the EEA in terms of both value and volume. Even though the merging undertakings submitted that the market data used by the Belgian competition authority did not accurately reflect the size of the market for portable document scanners (since the sales of a significant number of competitors had not been included), the Commission found that verifying the validity of this argument required further market investigation. In addition, in light of a comparison of the characteristics and prices of the two companies' respective product ranges, the Belgian competition authority considered Canon and I.R.I.S. to be each other's closest competitors. It was also pointed out that the most important remaining competitor, Fujitsu, was not competitive in the relevant sub-market.

---

26 *Ibid*., Section 43.

27 Commission Notice – guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ C 101, 27.4.2004, pp. 81–96.

28 Commission decision of 18.2.2013, Case COMP/M.6773 – *Canon/IRIS*. Decisions related to referral were dated 26.11.2012.

29 EUMR, Article 22 (1).

30 Notice on case referral (see Note 25), Section 44.

31 F.J. Säcker *et al.* (see Note 19), p. 2459; Trevor Soames, Sylvie Maudhuit. Changes in EU merger control: Part 1. – *ECLR* 26 (2005)/1, p. 63.

Hence, the Commission concluded that a *prima facie* assessment indicated that the transaction could give rise to serious competition concerns with respect to the supply of portable document scanners within the EEA and considered this transaction to satisfy the legal requirements for Article 22 referral.

Taking into account the foregoing considerations, the Commission accepted the referral and carried out a full merger control investigation of the matter. Even though the Commission ultimately cleared the merger, because it found that the merged entity would continue to face competition from a number of other strong competitors both in the EEA and in individual Member States, the case serves as a good example as a case wherein a small Member State's referral request could have led to a potentially problematic case being subjected to the Commission's review. Had the Commission found after full investigation that the merger indeed raised competition concerns, it could have prohibited the merger or imposed remedies on the merging undertakings, with enforcement of the Commission's decision having been effectively secured by Article 299 of the TFEU.

4.3.2.2. Other considerations related to application of Article 22

In addition to the legal requirements set out in Article 22 (1), the Commission indicated in its Notice on case referral that there are two categories of cases that it considers most appropriate for referral to the Commission pursuant to Article 22:

(i) cases which give rise to serious competition concerns in one or more markets which are wider than national in geographic scope, or where some of the potentially affected markets are wider than national, and where the main economic impact of the merger is connected to such markets;

(ii) cases which give rise to serious competition concerns in a series of national or narrower than national markets located in a number of Member States, in circumstances where coherent treatment of the case (regarding possible remedies, but also, in appropriate cases, the investigative efforts as such) is considered desirable, and where the main economic impact of the merger is connected to such markets.*[32]

In such cases, the Commission's powers of investigation and remedial and enforcement action are more appropriate than the more limited means available to the Member States. Therefore, the Commission's competence would be in line with the subsidiarity principle, since it represents the most effective means of avoiding the creation of obstacles to further European integration.*[33]

The *Canon/IRIS* case fell into the first of the above-mentioned categories, because the markets concerned by the merger were broader than national. However, from the small Member State's perspective, a case might be suitable for referral also where the markets are national or narrower than national, if that merger has an impact, for instance, for several small (neighbouring) Member States, since it could then be deemed to fall into the second category of cases.

In practical terms, for ascertaining of whether a case is suitable for referral to the Commission, some further aspects should be borne in mind. Firstly, the transaction must qualify as a 'concentration' within the meaning of Article 3 of the EUMR, and it should not have a Community dimension.*[34] Hence, minority acquisitions falling short of control do not qualify. At the same time, it is not a requirement that the merger be subject to control under the national merger control thresholds, as long as the other necessary conditions of Article 22 are satisfied.*[35] Moreover, a Member State may apply for a referral even in circumstances wherein the merger, because it did not meet the national notification thresholds, has been lawfully implemented though not cleared under national law, when that merger has a significant effect on trade between Member States.*[36]

This aspect of the Article 22 referral mechanism could prove rather helpful and significant for small Member States, because it may provide an option of expanding the scope of merger control in some specific cases. In the author's practical experience, it is often the case that international undertakings choose not to have their own sales enterprises or distributors in all countries and instead use one or several regional

32 Notice on case referral (see Note 25), Section 45.

33 Commission Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No. 4064/89, Sections 17–19.

34 EUMR, Article 22.

35 F.J. Säcker *et al.* (see Note 19), pp. 2452–2453.

36 F.J. Säcker *et al.* (see Note 19), pp. 2457–2458.

distributors for supplying their goods and handling customer relations in smaller markets. In such cases, the national merger control turnover thresholds for the merging undertakings might not be exceeded, since the undertakings in question do not have direct turnover in the smaller Member States concerned and, hence, the merger may escape merger control in such a small state. At the same time, the merger may still have significant effect on the competition conditions in the small Member States concerned. Accordingly, Article 22 could be used by Member States confronted with such particular circumstances for purposes of subjecting mergers of this nature to the European Commission's review.

Secondly, it is important to bear in mind that the referral request must be made within 15 working days of the date on which the merger was notified, or if no notification is required, otherwise made known to the Member State concerned.[*37] This criterion is a formalistic one and there is no reason why a small Member State should not be able to comply with it, if it finds out a merger which may raise serious competition concerns for it.

Finally, the Commission has indicated that it will also balance various interests—as the referral may entail additional cost and delay for the merging undertakings, referrals should normally be limited to those cases wherein a real risk appears to present itself of negative effects on competition and trade between Member States, and where it appears that these would be best addressed at the Community level.[*38]

4.3.2.3. Assessment of the suitability of Article 22 referrals as a means to foster merger enforcement for small Member States

From the above, it does not appear that the Article 22 referral conditions are overly burdensome for Member States seeking a referral, provided that the Commission is, in fact, willing to take jurisdiction in practice. Proving cross-border effects should not pose many hurdles where the merger involves foreign undertakings but has significant effects in the small economy. Showing such effects may be more problematic if the merger involves domestic undertakings, but enforcement is not problematic in such cases, at least with respect to extraterritoriality problems, and no referral is necessary.

As of 30 April 2014, there had been, in total, 31 referral requests made under Article 22, of which the Commission had refused only four cases.[*39] Numerous Article 22 referrals have led to rather heavy scrutiny by the Commission. For instance, in the case *Kesko/Tuko*, involving an already consummated merger between two Finnish undertakings operating mainly in the daily consumer-goods sector, the Finnish competition authority referred the transaction to the Commission at a time when no merger control was in place in Finland. The Commission found that, in consequence of the transaction, Kesko would have gained a dominant position in the Finnish retail markets for daily consumer goods and for cash-and-carry sales of daily consumer goods, which would have significantly impeded effective competition in those markets. The Commission also found that the transaction would have affected inter-state trade through its influence on the importation of daily consumer goods into Finland and the creation of barriers to entry for potential competitors from other Member States. Therefore, the Commission declared the merger incompatible with the common market and required its dissolution.[*40] When one looks at the decisional practice of the Commission, it can be concluded that most of the cases that the Commission has reviewed further to Article 22 referral have been serious enough to be dealt with in Phase 2 and/or have been cleared only conditionally, with commitments being imposed.[*41]

It cannot be overlooked that the application of Article 22 has not been entirely seamless and has gathered some criticism from practitioners, especially because of delays and added costs for merging

37 EUMR, Article 22 (1).

38 Notice on case referral (see Note 25), Section 45.

39 See the Commission's merger control statistics, available at http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf (most recently accessed on 23.52014).

40 Commission Decision of 20.11.1996, Case IV/M.784 – *Kesko/Tuko*. Similarly, the Commission found that the acquisition by Blokker, a major retail operator in the Netherlands, of the Dutch operations of Toys R Us, one of the world's biggest toy retailers, strengthened a dominant position in the market for specialist toy-retail outlets in the Netherlands, as a result of which effective competition was significantly impeded, and declared the transaction incompatible. It imposed divestiture orders on the merging firms (see Commission Decision of 26.6.1997, Case IV/M.890 – *Blokker/Toys "R" Us*).

41 See the summary table of Article 22 referrals as of 2011 in Gianni De Stefano *et al*. Merger referrals in practice – analysis of the cases under Article 22 of the Merger Regulation. – *Journal of European Competition Law & Practice* 2 (2011)/6, pp. 537–550. – DOI: http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpr074.

undertakings.*[42] However, such shortcomings do not reduce its value as a means to resolve merger-control enforcement problems for small economies in the EU in the case of mergers having anti-competitive effects. Of course, Article 22 cannot solve such problems for small economies outside the EU. However, the EU merger control regime and its referral system could serve as an example for other free-trade areas (such as Mercosur, the Andean Community of Nations (CAN), and ASEAN).

5. Conclusions

The recognition of a state's extraterritorial jurisdiction depends to a large extent on the good will of the undertakings concerned by the state's enforcement actions and on their home states' willingness to recognise the enforcement action of the other state. Furthermore, hindering the activities of foreign undertakings that disregard merger prohibition or that fail to comply with the notification requirements is also unlikely to provide satisfactory outcomes for small economies. Therefore, small economies are in a weak position in enforcing their merger control. In some instances, small economies may benefit from the merger control undertaken by large economies, but the interests of small and large economies in controlling a merger do not necessarily always coincide.

As currently applied, the traditional measures in international law, such as co-operation and comity, do not provide much help in addressing small economies' enforcement issues. However, the referral mechanism contained in Article 22 of the EUMR, which allows for referring a merger lacking a Community dimension to the Commission's control, could provide solutions for small EU member states when a merger has significant anti-competitive effects but the competition authority is concerned about the enforcement possibilities.

[42] See, for example, Juan Rodriguez. Merger referrals. Available at http://globalcompetitionreview.com/reviews/47/sections/162/chapters/1818/ (most recently accessed on 23.5.2014); Jens Peter Schmidt, Isabel Simon. Referrals of merger control cases to the European Commission: Too much flexibility to the detriment of companies? –*Mayer Brown Legal Update*, 23 June 2011, available at http://www.mayerbrown.com/publications/referrals-of-merger-control-cases-to-the-european-commission-too-much-flexibility-to-the-detriment-of-companies-06-23-2011/ (most recently accessed on 23.5.2014).

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.13

Arsi Pavelts

Magister artium
Attorney-at-law
Law Office VARUL

Karin Sein

Docent of Civil Law
University of Tartu

The Buyer's Right to Require Reimbursement for Repair Costs of Defective Goods under the CISG, the CESL, and Estonian Law

1. Introduction

Under what conditions the buyer has a right to require reimbursement for repair costs incurred through lack of conformity of goods is undoubtedly a central issue in sales law. The analysis in this article compares the conditions under which the buyer's right to require reimbursement for repair costs arises under the terms of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (or 'CISG')[*1], the proposed common European sales law (CESL)[*2], and the Estonian sales law (the Law of Obligations Act, hereinafter referred to as the LOA)[*3], along with how the seller's interest in minimising costs and his right to secondary performance are ensured. The authors seek to highlight considerable dogmatic and practical differences in the solutions provided by the above-mentioned regulations, focusing on the balance of obligations and rights between the buyer and seller under B2B contracts.

The authors present a hypothesis that the institution of cure and that of granting of additional time differ fundamentally in how they function in balancing the interests of the seller and buyer. Cure prioritises the buyer's interests and leaves the risk of communication to be borne by the seller. The institute of granting additional time, in contrast, gives priority to a claim for performance, and shifting from this claim to a claim for repair costs usually requires prior active intervention by the buyer.

1 RT II 1993, 21/22, 52 (in Estonian).

2 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final. Available at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF (most recently accessed on 17.2.2014).

3 Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487; RT I, 29.11.2013, 1 (in Estonian).

2. Cases

The following cases are used as examples for purposes of analysing the differences in the buyer's right to require reimbursement for repair costs and giving effect to the seller's right to secondary performance under the CISG, CESL, and LOA.

A brick factory (B) from country X buys from undertaking S, in country Y, industrial equipment for EUR 100,000. Although S delivers the goods on time on 4 March, they display defects. On 9 March, B sends an e-mail message to S, describing the defects.

Scenario 1: On 11 March, a representative of S replies that he has received the e-mail and will look into the matter. On 11 April, B demands that S provide reimbursement for the costs incurred in remedying the lack of conformity, in the amount of EUR 25,000.

Scenario 2: By a letter dated 9 March, B demands reimbursement of repair costs in the amount of EUR 25,000. On 10 March, S refuses and expresses a wish to remedy the lack of conformity himself.

Scenario 3: On 11 March, a representative of S notifies B that he will remedy the lack of conformity by 25 April. On 20 March, B decides to remedy the lack of conformity and orders C to do the work (for EUR 25,000). On 29 March, B demands that S reimburse B for EUR 25,000. In response, S refuses because of having begun work to cure the non-performance and intending to remedy the lack of conformity by 25 April. Then, B requires reimbursement in the amount of EUR 25,000 or, as an alternative, EUR 12,000, which is how much S saved.

3. Prerequisites for a claim for compensation for damages

The CISG, CESL, and LOA all stipulate the buyer's right to demand from the seller compensation for damages caused by non-performance. A claim for damages involves the seller's right to require reimbursement for repair costs for the non-conforming sale item. The general prerequisites for a claim for damages are, to a large extent, the same across the three sets of regulations. These are:

1. a valid sales agreement and non-performance of an obligation under that agreement (CISG, Article 45(1)(b); CESL, Article 106(1)(b) and Article 159; and §115(1) of the LOA);
2. lack of grounds for release from liability (CISG, Article 79; CESL, Article 159(1) and Article 106(4); and §115(1) of the LOA)—i.e., the non-performance not being excused under the CISG's Article 79, the CESL's Article 88, and Section 103 of the LOA;
3. occurrence of damage (CISG, Article 74; CESL, Article 160; and §115 of the LOA); and
4. a causal link between the non-performance of an obligation and the occurrence of damage (CISG, Article 74; CESL, Article 159; and §115(1) and §127(4) of the LOA).

The main difference lies in the provision related to claiming damages in lieu of performance.[*4] Pursuant to §115 (2) of the LOA, as a rule, the creditor may demand compensation for damages in lieu of performance only upon the elapsing of the additional time within which the debtor does not perform.[*5] The CISG and CESL do not set forth such specific regulations on claims for damages; nor is there any obligation to grant additional time.

In the case of a claim for damages arising from the non-conformity of goods, none of the regulations considered here deem it sufficient if only the above-mentioned prerequisites have been met. It is additionally required that[*6]:

1. the defect existed during the time of passing of the risk to the buyer (CISG, Article 66; CESL, Article 105(1); and §218 (1) of the LOA);

4 In German, 'Schadensersatz statt der Leistung'. See Section 281 of the Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

5 Exceptions—scenarios wherein it is not necessary to grant additional time—are stipulated in §115 of the LOA (in Subsections 2–3).

6 For the CESL, see O. Remien *et al. Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?* ['Common European Sales Law for EU?']. Munich: Verlag C.H. Beck 2012, pp. 162–187 (in German); for the LOA, consult the textbook case of the CCSCd 3-2-1-156-11.

2. the buyer was not aware of the defect at the time of entering into the contract and did not have to be aware of it (CISG, Article 35(3); CESL, Article 104; and §218 (4) of the LOA);
3. no agreement restricting the liability of the seller has been concluded, or the seller may not rely on an agreement of this nature (CISG, Article 79; CESL, Articles 1 and 108; and §221 (2) of the LOA); and
4. the buyer has given notice of the defect on time (CISG, Article 39; CESL, Article 122(1); and §220 (3) and §221 of the LOA).[*7]

With respect to claims for damages resulting from non-performance or non-conforming performance, excusability is considered the general standard for liability by all of the regulations (CISG, Article 79; CESL, Article 88; and §103 of the LOA). However, there is some debate under Estonian law as to whether the seller is released from liability if the lack of conformity of the goods is caused by *force majeure*—i.e., is excused. In this respect, differing views have been taken in the legal literature and the practice of the Supreme Court is inconsistent.[*8]

4. The purpose of the seller's right to secondary performance

The main example of a non-conforming performance by a seller is a defect in the goods sold (see CISG, Article 34; CESL, Articles 99–102; and §217 of the LOA). This condition grants the buyer the right to legal remedies. The buyer may, in principle, choose which legal remedy to exercise. First and foremost, the buyer has to make an economic decision expressing whether he wants to uphold the contract (claim performance) or avoid (even if only partially) further performance by the debtor (e.g., via withdrawal, price reduction, or a claim for compensation for damage in lieu of performance). The analysis below focuses on the conditions and limitations for filing a claim for damages in respect of remedying a lack of conformity of goods.

For purposes of balancing the parties' interests in the performance of the contract, particularly with regard to bearing the costs of performance and expected profit from the performance, the exercise of legal remedies that terminate the seller's duty of performance—i.e., preclude substitute performance or repair—is usually limited. The idea is to ensure that the seller has an opportunity to complete the contractual performance and earn the total purchase price (through so-called secondary performance).[*9] The legal solution and the manner in which this purpose is achieved vary considerably in the regulations under comparison, having a direct effect on the balance of rights of the seller and buyer and on their possibilities to act.

As a rule, damage resulting from the remedying of the defect materialises when the buyer commissions repair work from a third party and files a claim for damages against the seller to recover the repair costs. Such damages in the form of repair costs can be considered to be damages in lieu of performance. Damages in lieu of performance are a form of damages that could be avoided through the seller repairing or replacing the goods—i.e., by the seller's secondary performance.[*10] Therefore, in the case of a claim for damages in lieu of performance, the buyer no longer wants the seller to perform and will gain the positive interest intended in the contract through the claim for compensation for damages. This renders the seller's

7 The claim may still be filed, provided that the defect constitutes a circumstance that the seller was aware of or should have been aware of (see the CESL's Article 122(6) and, providing similarly, §221 of the LOA).

8 On this problem, see K. Sein. Estland – ein Versuchsfeld für das Europäische Privatrecht? ['Estonia—a Test Country for European Private Law?']. – *European Union Private Law Review* 2013/1, pp. 15–16 (in German). See also CCSCd, 3-2-1-156-11; CCSCd, 3-2-1-55-12, both available via http://www.nc.ee/ (in Estonian) (most recently accessed on 17.2.14).

9 For example, P. Varul *et al. Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne* ['Law of Obligations Act I. Commented edition]. Tallinn: Juura 2006, pp. 341, 387–388, 393–394 (in Estonian); R. Schulze. *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*. Baden-Baden, Germany: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012, Article 109, comments 1–3; E.C. Schneider. The seller's right to cure under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. – *Arizona Journal of International and Comparative Law* 1989–1990, pp. 69–103.

10 On the definition of damages in lieu of performance, see S. Lorenz. Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflihtverletzung (§280 II, III BGB) ['Ground Knowledge—Civil Law: Claim for Damages by Breach of Obligation (§280 II, III BGB]. – *Juristische Schulung* 2008/3, pp. 203–205 (in German); P. Ostendorf. Die Abgrenzung zwischen Schadensersats statt und neben der Leisung – Versuch einer Neubetrahtung ['Differentiation of Damages Together With and in lieu of Performance—Attempt for a Revision]. – *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, pp. 2833–2838 (in German).

performance impossible and the claim for performance is terminated.[*11] This, however, means that the seller must deduct damages related to substitute performance from the anticipated profit under the contract (i.e., from the purchase price). Thereby, the seller loses the expected profit under the contract. Next, we will analyse how the seller's right to secondary performance functions in the CISG, CESL, and LOA.

Unlike the LOA and the Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), the CISG and CESL do not stipulate any stricter requirements for compensation for damages in lieu of performance compared to damage claim together with performance.[*12] The buyer's right to demand compensation for damages does not require the granting of additional time for the seller.[*13] Accordingly, the buyer is not, in principle, forbidden to make a claim for damages in lieu of performance as the first legal remedy (compare the CISG's Article 45(1)(b) and the CESL's Article 106(1)).[*14] *Inter alia*, the buyer may, in the case of defective goods, require reimbursement of repair costs by filing a claim for damages.[*15] It does not, however, follow from the terms of the CISG and CESL that the seller cannot remedy the lack of conformity at his own expense and thereby avoid damages related to the buyer's right of recourse arising on account of repair costs.

The seller has an opportunity to remedy the lack of conformance at his own expense through the institution of cure under the CISG's Article 48 and the CESL's Article 109. Cure is one of the most important means to ensure that the contract will still be performed while the buyer's right to terminate the contract is restricted and the seller is given another chance to earn the total purchase price and minimise his losses.[*16] In this respect, the purpose of cure is largely similar to the granting of additional time under the BGB and LOA.[*17] However, there is a considerable difference in how cure is given effect in balancing of the interests of the buyer and seller. Since the regulation of cure differs somewhat between the CISG and CESL, the prerequisites for the seller's right to cure and its significance for the buyer's claim for reimbursement of repair costs are analysed separately.[*18]

5. The seller's right to secondary performance under the CISG

Pursuant to the CISG (Article 48(1)), the seller may, even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligation.[*19] The seller has this right, however, only if he can remedy the non-performance without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of the seller's reimbursement of expenses advanced by the buyer.[*20] The essence of the right

11 Compare Section 281(4) of the BGB. See, for example, H. Prütting *et al.* (eds). *BGB. Kommentar* ['The BGB: A Commentary'], 8th ed. Cologne, Germany: Luchterhand Verlag 2013, Section 281, margin No. 22-23 (in German).

12 See Subsection 4.3.

13 *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Besondere Teil I. Band 3. §§ 433-610. CISG. 6. Auflage* ['BGB §§ 433-610 and CISG: A Commentary']. Munich: C.H. Beck 2012, Article 47, margin No. 2 (in German); AG München (Judgement. V. 23. Juni 1995 – 271 C 18968/94), CISG-Online, No. 368 (in German).

14 M. Schönknecht. *Die Selbstvornahme im Kaufrecht* ['Substitute Transaction in Sales Law]. Doctoral dissertation. Baden-Baden, Germany: Nomos 2012, p. 127 (in German); M. Schmidt-Kessel (ed.). *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission* ['Common European Sales Law? Analysis of EC`s Proposal]. Munich: Sellier 2012, pp. 504–506 (in German).

15 See OGH (Judgement. V. 14. January 2002 – 7 Ob 3001/01t), Internationales Handelsrecht 2002, 76, 80,see also CISG-Online, No. 643; AG München (Judgement. V. 23. June 1995 – 271 C 18968/94), CISG-Online, No. 368 (all in German).

16 For the CESL, see S. Kruisinga. The seller's right to cure in the CISG and the Common European Sales Law. – *European Review of Private Law* 2011/6, p. 910; R. Schulze (see Note 9), Article 109, Comment 1. On the CISG, see J. von Staudinger. *Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz un Nebengesetzen. Wiener UN-Kaufrecht. CISG. Neubearbeitung* ['CISG Commentary. Revised edition]. Berlin: Walter de Gruyter, Article 48, margin No. 2-7 (in German).

17 For more on this, see Subsection 4.2 of the paper. For a comparison between additional time and right to cure under the BGB, see S.H. Höffmann. *Die Nachfrist im Leistungsstörungsrecht* ['Additional Time in case of Breach of Obligation]. Doctoral dissertation. Frankfurt am Main: PL Academic Research 2013 (§4, §6 II, III) (in German); U.G. Schroeter. Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts ['Right to Secondary Performance in Law of Obligations Systematics]. – Archiv für die civilistische Praxis 207 (2007), pp. 28–63 (in German). – DOI: http://dx.doi.org/10.1628/000389907780054136.

18 This analysis focuses only on the right to secondary performance after the date for delivery has passed.

19 In German thought, the concept is *Recht zur zweiten Andienung*; see *Münchener Kommentar* (Note 13), Article 48, margin No.1 (in German).

20 Right to cure is an actual rule, the buyer has to bear the burden of proof with respect to any unreasonableness. See J. von Staudinger (Note 16), Article 48, margin No. 46 (in German); P. Schlechtriem, I. Schwenzer. *Kommentar zum Einheitlichen*

to cure is the limiting of the buyer's rights and thereby creation of a possibility for the seller to remedy the lack of conformity at his own expense. Therefore, at the time of cure—i.e., until the remedying of the lack of conformity turns into an unreasonable delay (see Article 48(1))[*21]—the buyer may not exercise legal remedies that are inconsistent with the remedying of the non-performance by the seller (see CISG, Article 48(1) and the second sentence of paragraph 2).

The seller's second chance for performance that is guaranteed through cure does not materialise automatically. There is no general restriction on the buyer's choice of legal remedies or on the seller's right to remedy the lack of conformity at his own expense.[*22] Cure is merely the seller's right to remedy the lack of conformity at his own expense, a right given effect only if he actively exercises it. How is the seller's right to cure given effect?

It is not apparent from the first paragraph of the CISG's Article 48 what the seller has to do to enjoy the rights and protection related to cure. In addition, the wording of Article 48(1) does not stipulate that the creation of the right to cure depends on the seller notifying the buyer of his wish to remedy the lack of conformity at his own expense. However, the seller's obligation to notify can be inferred from the principle of good faith (CISG, Article 7(1)), as otherwise it would remain unclear for the buyer what his legal position is, including whether he has the right to reduce the price or require reimbursement of repair costs, until the reasonable period for cure expires.[*23]

On the other hand, the seller risks losing the protection guaranteed by cure if he fails to notify of his intention to cure, because the buyer's legal remedies have their limitations only if notice of the intention to cure is given (under Article 48(1) and the second sentence of paragraph 2). It follows that, in order to obtain the right to cure and the related protection, the seller must notify the buyer and offer to remedy the lack of conformity. The seller's right to notify of cure is not, however, unlimited. In the interests of legal clarity, the seller must offer to cure without unreasonable delay after the buyer has notified him of the lack of conformity (see Article 39).[*24]

Sample case, scenario 1: B has a claim for reimbursement of repair costs under the CISG, unless S can claim cure; S does not have the protection of cure, because he has not notified B of his intention to cure in due time and has not remedied the lack of conformity without unreasonable delay (see CISG, Article 48(1)). Accordingly, S must pay EUR 25,000.

The effects of cure arise at the time of notification of the intention to cure. The essence of cure is that the buyer may not, at the time of cure, use legal remedies inconsistent with the seller's right to remedy the lack of conformity at his own expense (see Article 48(1) and the second sentence of paragraph 2). The CISG's Article 48(1) does not explicitly specify what the relationship between cure and the buyer's claim for repair costs is. However, on account of the nature of the claim for repair costs terminating performance under the contract, it must be deemed inconsistent with the seller's right to remedy the lack of conformity at his own expense if the buyer files a claim for repair costs. Accordingly, it follows from the combined effect and purpose of Article 48(1) and the second sentence of the second paragraph that at the time of cure the buyer cannot demand compensation for repair costs—i.e., have a third party remedy the lack of conformity of the sale item at the seller's expense.[*25] This is so mainly because otherwise the purpose of the regulation of

UN-Kaufrecht. – CISG- ['CISG Commentary]. Munich: Verlag C.H. Beck 2013, Article 48, margin No. 13 (in German).

21 For discussion of the period for cure, see C.M. Bianca, M.J. Bonell. *Commentary on the International Sales Law*. Mailand, Germany: Giuffrè 1987, Article 48, 2.1.1.1.2; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (*ibid.*), Article 48, margin No. 9.

22 With respect to the non-existing priority of the claim for performance, see C. Benicke in *Münchener Kommentar zum HGB. CISG*, Chapter 3 (HGB and CISG Commentary). Munich: C.H. Beck 2013, Article 46, margin No. 2 (in German); M. Schönknecht (see Note 14), p. 129 (in German).

23 S. Kröll *et al.* (eds). *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article by Article Commentary*. Munich: C.H. Beck 2011, Article 48, Comment 13.

24 *Münchener Kommentar* (see Note 13), Article 48, margin No. 8a (in German); see also P. Schlechtriem in *Lebendiges Recht. Festschrift für Reinhold Trinkner zum 65. Geburtstag* ['Changing Law. Collection for Reinhold Trinkner's 65th Birthday]. Heidelberg, Germany: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH 1995, pp. 321, 328 *ff* (in German).

25 J. von Staudinger (see Note 16), Article 48, margin No. 31, margin No. 35 (in German); *Münchener Kommentar* (see Note 13), Article 48, margin No. 21-22 (in German); P. Schlechtriem, I. Schwenzer (see Note 20), Article 48, margin No.21 (in German); M. Karollus. UN-Kaufrecht: Vertragsaufhebung und Nacherfüllungsrecht bei Lieferung mangelhafter Ware ['CISG: Termination and Claim for Performance by Delivery of Defective Goods]. – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, p. 491 *ff* (in German); see also OGH (Judgement. V. 14. January 2002 – 7 Ob 3001/01t), Internationales Handelsrecht 2002, 76, 80, also CISG-Online, No. 643 (in German); OLG Hammburg (Judgement. V. 9. Juni 1995 – 11 U 191/94), NJW-RR 1996, 179, 180, also IPRax 1996, 269 (in German).

cure would not be achieved in the context of repair costs—granting the seller a second chance. If the buyer were allowed to claim repair costs, it would be impossible for the seller to remedy the lack of conformity at his own expense and minimise costs; neither could the seller avoid compensating for a third party's profit. Therefore, cure prevails over the buyer's claim for repair costs, which is a legal remedy contrary to the purpose of cure. Such an interpretation is also supported by the legal literature.[*26]

Sample case, scenario 2: Since S offered to cure right after B notified him of the lack of conformity (see the CISG, Article 48(1))—i.e., in due time—B's claim for damages does not preclude S's right to cure. Here, B's claim is unsuccessful.

The seller's right to cure may also arise when he, in fact, has no such right under the first paragraph of Article 48 of the CISG.[*27] If, in such a case, the seller still offers to cure, the result set out in the second paragraph of that article comes about. Thus the seller's right to cure arises if he has been late in offering to cure or has offered to cure in a manner otherwise inconsistent with the buyer's interests under Article 48(1) but the buyer notifies of the refusal of cure with unreasonable delay or fails to do so altogether.[*28] In such a case, the seller is deemed to have agreed to the cure by dint of conduct. But if the buyer refuses an offer to cure in due time, the seller will not have the protection arising from cure. In such a case, the existence of the right to cure should be assessed only pursuant to the CISG's Article 48(1).[*29]

Sample case, scenario 3: Since B has not replied to S's offer to cure, the CISG's Article 48(2) shall apply, meaning that B cannot claim reimbursement for repair costs (see also paragraph 1 and the second sentence of paragraph 2).

If, despite the creation of the right to cure (CISG, Article 48(1) and the second sentence of paragraph 2), the seller does not remedy the lack of conformity during the period for cure or refuses to cure,[*30] the limitations on the buyer's legal remedies no longer apply. The buyer may, at his discretion, exercise a legal remedy available in consequence of the non-performance. Among the options available is requiring compensation for repair costs.[*31]

6. The seller's right to secondary performance under the CESL

The regulation of cure under the CESL's Article 109 is considerably different from the under the CISG. Firstly, the seller has a right to offer cure only in the case of non-conforming performance. In cases of delay, the parties' rights are ensured through the regulation of additional time (in Article 115(1)) and a right to damages (in Articles 159–165). Secondly, the seller's right to cure is not precluded by the buyer's (earlier) withdrawal from the contract (see Article 109(3)). Thirdly, the seller has a general right to cure. The existence of the right to cure is presumed. The buyer may refuse an offer to cure only in the cases specified in Article 109, paragraphs 4a–4c.[*32] Fourthly, the CESL's Article 109(2) clearly provides that, in order to cure, the seller must notify the buyer of the offer to cure. The seller has the right to cure only if he offers to cure the lack of conformity immediately after the buyer has informed him thereof.[*33]

Sample case, scenario 1: B has a claim for reimbursement of repair costs, except when S can claim cure. Since S has not offered to cure, he does not have the protection arising from cure (see Article 109(6)). In this case, S must pay EUR 25,000.

---

26 *Münchener Kommentar* (see Note 13) (Article 46, margin No. 64; Article 48, margin No. 21; and Article 74, margin No. 35); J. von Staudinger (see Note 16), Article 48, margin No. 35; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (see Note 20), Article 48, margin No. 21, 23 (all in German).

27 C. Brunner. *UN-Kaufrecht – CISG. Kommentar* ['CISG Commentary]. Berlin: Stämfli 2004, Article 48, margin No. 13 (in German); P. Schlechtriem, I. Schwenzer (*ibid.*), Article 48, margin No. 27.

28 As a rule, the buyer must notify of refusal quickly but need not do so immediately: W.-A. Achilles. *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)* ['CISG COmmentary]. Neuwied, Germany: Luchterhand (200), Article 48, margin No. 9 (in German); J. von Staudinger (see Note 16), Article 48, margin No.42 (in German).

29 C. Brunner (see Note 27), Article 48, margin No. 14 (in German).

30 OLG Hammburg (Judgement. V. 9. June 1995 – 11 U 191/94), NJW-RR 1996, 179, 180, also asIPRax 1996, 269 (in German).

31 J. von Staudinger (see Note 16), Article 48, margin No. 34 (in German).

32 S. Kruisinga (see Note 16), paragraph 4.3 on pp. 918-919.

33 Compare with the buyer's obligation to notify as described by S. Kruisinga (*ibid.*), paragraph 4.3 on p 918-010.

Similarly to the CISG, the CESL does not explicitly regulate the relationship between cure and the buyer's claim for repair costs. However, making a claim for repair costs must be deemed inconsistent with the seller's right to cure also under the CESL (Article 109(6)); see Section 5 of this paper.

Similarly to that under the CISG, cure here has a restrictive effect on the buyer's legal remedies, as otherwise cure would not serve its purpose.[*34] Pursuant to the CESL's Article 109(6), the buyer may withhold performance pending cure, but the rights of the buyer that are inconsistent with allowing the seller some time to effect cure are suspended until that time has elapsed. Therefore, from the time the seller offers to cure until cure is effected—i.e., until refusal of cure (see Article 109(4))—the buyer may not withdraw from the contract, reduce the price, or demand compensation for damages in lieu of performance.[*35] *Inter alia*, the buyer may not demand compensation for repair costs. The CESL does not explicitly specify the outcome of a situation wherein the buyer has filed a claim for compensation for repair costs before the seller has offered to cure—for example, in the notice of non-conformity. Evidently the seller's right to cure should not be precluded in such a case either, because otherwise the race between the buyer's claim for repair costs and the seller's notice of offer to cure could lead to a result that is inconsistent with the purpose of cure. This is indirectly confirmed by Article 109(3), pursuant to which an offer to cure is not precluded even if the buyer has already withdrawn from the contract. The result should not be different in the case of filing a claim for repair costs.

Sample case, scenario 2: Since S offered to cure right after B notified him of the lack of conformity (see Article 109(2)—i.e., in due time—B's preventive claim for damages does not preclude S's right to cure, and B's claim is unsuccessful.

Unlike the CISG's Article 48(2), the CESL in its Article 109 does not explicitly regulate the situation wherein the seller offers to cure but violates the conditions of cure. Pursuant to paragraph 1 of the CISG's Article 48, the seller has to consider, *inter alia*, the interests of the buyer when offering to cure; however, the CESL's Article 109(2) merely stipulates that the seller must notify of the offer to cure without undue delay. It is not clear what the consequence of the seller's violation would be. Pursuant to the CISG's Article 48(2), the buyer must notify the seller of any refusal of cure, and the buyer is deemed to have agreed to the cure if he does not object. Because of the principle of *favor contractus*, which is firmly established in regulation of cure under the CESL, an interpretation should be preferred according to which the buyer's failure to notify of the refusal of cure or unduly delayed notification gives rise to the seller's right to cure. A different result would lead to non-compliance with the principle of good faith. The foregoing should apply also if the buyer has the right to refuse an offer to cure under Article 109, paragraphs 4a–4c but fails to exercise that right. It follows from the logic of the CESL's Article 109, paragraphs 2 and 4 that cure can only be precluded via timely refusal of an offer to cure by the buyer. This conclusion is supported by the burden of proof borne by the buyer in respect of circumstances precluding cure.[*36]

Sample case, scenario 3: Since B has not refused an offer to cure (see Article 109(4)), S has a right to cure (Article 109(2)). In this case, B's repair costs shall not be reimbursed (see Article 109(6)).

7. The seller's right to secondary performance under the LOA

7.1. The buyer's obligation to grant additional time

The LOA grants the seller a secondary performance and the possibility to earn thereby the total purchase price through the buyer's obligation to grant additional time, an obligation rooted in the BGB.[*37] Therefore, the view has been taken in commentary on the LOA that in the case of lack of conformity of a sale item, the buyer, at first, usually has only the right to demand performance, whereas other legal remedies are secondary.[*38] Among other things, the buyer may, as a rule, demand compensation for repair costs (that is,

34 S. Kruisinga (*ibid.*), pp. 916–917; also R. Schulze (see Note 9), Article 109, Comment 27.

35 Similarly R. Schulze (*ibid.*), Article 109, comments 27–33.

36 S. Kruisinga (see Note 16), paragraph 4.3, on p. 918

37 See P. Varul *et al.* (Note 9), p. 391 (in Estonian); compare BGB, sections 280, 281.

38 See P. Varul *et al. Võlaõigusseadus II. Kommenteeritud väljaanne* ['Law of Obligations Act II. Commented edition]. Tallinn: Juura 2007, p. 37 (in Estonian); this does not apply to the buyer's right to withhold performance under sections 110 and 111

damages in lieu of performance) only if the buyer has granted the seller additional time to remedy the lack of conformity but the seller has failed to do so within that time (see §115(2) of the LOA; compare the first sentence of paragraph 1 of §281 of the BGB).[*39] The additional time gives the seller his last chance to remedy any lack of conformity.[*40] In exceptional circumstances, the buyer may claim damages without granting additional time (see §115 (3) and (4) of the LOA).[*41]

The requirement that the buyer grant the seller additional time presumes active intervention on the buyer's part in shifting from the claim for performance to a claim for damages in lieu of performance. This applies to repair costs as a subcategory of claims for damages in lieu of performance.[*42] It is both the right and the obligation of the buyer to grant an additional amount of time. This is a right because of the possibility of shaping all of the various legal remedies at his disposal and also for achieving legal certainty with respect to filing a claim for damages in lieu of performance or withdrawal from contract (see §115(3) and §116(2) of the LOA). But it is also an obligation: without additional time, the buyer cannot, in general, exercise legal remedies that terminate the claim for performance.[*43]

Sample case, scenarios 1–3: Since B has not granted additional time for S to remedy the lack of conformity, he has no right to claim reimbursement of repair costs (under §115(2) of the LOA). Under the LOA, unlike under the CISG and CESL, B's claim will not be successful even in scenario 1.

Mere notification by the buyer of the non-conformity of the goods (see §220 of the LOA and similarly addressed in the CISG's Article 39 and the CESL's Article 122) is not equivalent to the granting of an additional span of time, because these notices serve different purposes (compare §220(3) of the LOA and §115(2) of the LOA). The notice of granting additional time must make it clear for the seller that he is being given a last chance to remedy the lack of conformity.[*44]

The additional time granted to the seller must be reasonable in length (under §114(1) of the LOA). If the buyer demands performance of an obligation but does not grant an additional span of time therefor, reasonable additional time is presumed to have been granted. The law presumes that the additional span of time commences also when the buyer submits a claim for performance or a notice stating that he still wants performance. Such regulation does not provide legal certainty. It also follows from the second and third sentence of Section 114 that the length of the additional stretch of time or its having elapsed does not have to be specified.[*45] However, the seller must keep in mind that if he does not start to remedy the lack of conformity after receiving the claim for performance, the buyer may, after reasonable time has passed from the submission of the claim for performance, demand compensation for repair costs even if no additional time has been expressly granted. Therefore, the seller bears the risk related to interpreting the buyer's declaration of intention to grant an additional amount of time. If the buyer has granted an unreasonable amount of additional time for performance, it shall be extended to a span of time that is reasonable in length.[*46]

7.2. Claims for repair costs under the LOA's §222 (5)

The buyer's right to repair an item himself and demand the seller to compensate for the repair costs stems also from §222 (5) of the LOA, which stipulates that if the purchaser legitimately requires the repair of a thing and the seller fails to repair that thing within reasonable time, the purchaser may repair the thing or have the thing repaired and then claim compensation for any reasonable costs incurred in so doing from

of the LOA (compare CISG, Article 48(2) and CESL, Article 109(6)).

39 P. Varul *et al.* (see Note 9), pp. 387–388 (in Estonian); see also CCSCd, 3-2-1-5-12.

40 *Ibid.*, p. 388.

41 See also CCSCd, 3-2-1-5-12; CCSCd, 3-2-1-106-11; CCSCd, 3-2-1-148-08.

42 See CCSCd, 3-2-1-115-04. On a similar note, see CCSCd, 3-2-1-62-08; CCSCd, 3-2-1-5-12; CCSCd, 3-2-1-106-11; CCSCd, 3-2-1-148-08.

43 An exceptional situation is one wherein the seller delays performance and this delay, in time, turns into a (serious) violation that gives the creditor the right to immediately claim damages in lieu of performance (see §281 (2) of the BGB or §115 (3), §116 (1)1)–4) of the LOA); the right to reduce a price is not restricted by the obligation to grant additional time (under §112 of the LOA).

44 P. Varul *et al.* find similarly (see Note 9), p. 388 (in Estonian).

45 Matters are handled similarly under the BGB. For example, the BGH has stated that a requirement to perform immediately or without undue delay is sufficient (see BGH NJW 2009, p. 3153, in German).

46 The result is similar under the BGB. For an example, see D. Looschelders. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil* ['Law of Obligations. General Part.], Chapter 11. Munich: Vahlen 2013, margin No. 616 (in German).

the seller. In contrast to §115 (paragraphs 1 and 2) of the LOA, §222 (5) of the LOA regulates the compensation of costs that have already been incurred[*47]. Clearly, such a claim has, by nature, the same objective: the reimbursement of costs related to remedying of the lack of conformity. This provision enables the buyer to claim compensation for repair costs from the seller also without granting additional time. The seller's right to secondary performance is ensured by the buyer's obligation to require repair and the seller's subsequent right to remedy the lack of conformity within reasonable time. Accordingly, the seller must show active interest in remedying the lack of conformity when the buyer has submitted a claim for performance. In addition, Section 222 (5) of the LOA requires that the buyer's costs have been incurred after the passing of reasonable time since the submission of the claim for performance.

Sample case, scenarios 1–3: Since B has only notified the seller of the lack of conformity and has not submitted a claim for performance to the seller, his claim must not be satisfied (see §222 (5)). Under the LOA, unlike under the CISG and CESL, B's claim should not be satisfied, also in the case of scenario 1.

7.3. The seller's right to cure under the LOA

The seller's right to cure is also stipulated in 107 of the LOA, which is based on Article 7.1.4 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (or PICC).[*48] It follows that in Estonian law the seller's right to cure exists together with the institution of granting additional time (i.e., the priority of the claim for performance). It is not clear in the legal literature or court practice what the relationship between those two is. It is mentioned in the commentary on the LOA that the seller's offer to cure may overlap in time with the additional time granted by the buyer.[*49] Whether the seller can preclude the buyer's right to grant additional time with his offer to cure is debatable. Such an interpretation is not convincing, as it would mean that the seller could extend, by the period for cure, the buyer's right to move from performance to compensation for damages by making a proactive offer to cure and thereby extend the additional time. Secondary performance is guaranteed to the seller through the creation of the right to cure. Therefore, there is no need to provide additional protection for the seller by determining an additional amount of time, all the more because the period for cure and the additional time should not be considerably different in practice.

It follows from the foregoing that in a situation wherein the law prescribes an obligation to grant an additional amount of time for a claim for damages in lieu of performance, thereby setting stricter requirements to the exercise of legal remedies that terminate the claim for performance and ensuring that the seller has a possibility of remedying the lack of conformity at his own cost, the necessity of the right to cure in Estonian law is doubtful.[*50] The objectives pursued with cure—in particular, giving a second chance to the defaulting seller—are achieved through the buyer's obligation to grant additional time, which is explicitly stipulated by the law. Regulation of cure has not been considered a necessary element for the BGB, upon whose example the institution of additional time in the LOA is based, either.[*51]

Also court practice has, so far, emphasised that additional time must be granted to the buyer as a prerequisite for demanding of repair costs.[*52] The seller's right to cure has been largely overlooked. However, the Civil Chamber of the Supreme Court has noted that if the debtor has offered reasonable cure to the creditor under Section 107 of the LOA in the form of substitute transaction and the creditor has unreasonably rejected it, the future occurrence of damage coincides with the creditor's will and the non-performance by the debtor is no longer the cause of damage.[*53]

Finally, it should be mentioned that the practice of the Supreme Court with respect to cure and the granting of additional time is unclear and contradictory and that it, so far, has only addressed the right to withdraw from the contract.[*54] The contradictory nature of Estonian court practice in this regard demonstrates

47 CCSCd, 3-2-1-98-09, on which basis it is a claim for performance, not a claim for compensation for damages.

48 P. Varul *et al.* (see Note 9), p. 342 (in Estonian).

49 *Ibid.*, p. 390.

50 For discussion of the objective of the regulation of cure in the LOA, see P. Varul *et al.* (*ibid.*), pp. 341–343.

51 The BGB, on which the LOA's institution of additional time is based, does not include regulation of cure either. The objectives of cure are achieved through the obligation to grant additional time. See S.H. Höffmann (Note 17), Sections 4 and 5 (in German).

52 See, for example, CCSCd, 3-2-1-115-04 and, similarly, CCSCd, 3-2-1-106-11 and CCSCd, 3-2-1-148-08.

53 CCSCd, 3-2-1-128-13.

54 CCSCd, 3-2-1-11-10; CCSCd, 3-2-1-80-10.

that the relationship between cure and the institution of granting additional time is complex and that the necessity for their co-existence in the LOA is questionable. This fundamental issue associated with cure and the granting of additional time could arise also in the context of claiming damages for remedying a lack of conformity.

8. Whether the buyer could claim reimbursement of repair costs on other legal grounds

It follows from the foregoing analysis that if the buyer has not given the seller a possibility to cure and has, instead, had a third party remedy the lack of conformity, or has done so himself he cannot claim reimbursement of such costs under a contract. Such a claim is precluded under Estonian law because the buyer has not granted additional time for the seller to remedy the lack of conformity and has not submitted a claim for performance (in scenarios 1 and 3 in the sample case). Under the CISG and CESL, such a claim is precluded because the buyer did not let the seller cure the non-conformity (in scenarios 2 and 3 in the sample case). The buyer has still incurred costs in the amount of EUR 25,000, which should actually have been incurred by the seller as the deliverer of the defective goods. Here a question arises as to whether the buyer could claim at least partial reimbursement of these costs on the grounds that the seller has thereby saved costs in the amount of EUR 12,000 since he has received the total purchase price (EUR 100,000) despite delivering defective goods.

For 12 years, there was heated debate in German legal literature about this issue: some authors held that a buyer should be allowed to claim reimbursement of the saved repair costs on the basis of provisions on *negotiorum gestio* and unjust enrichment[*55] or the second sentence of Section 326 (2) of the BGB, which regulates release from the duty to render consideration.[*56] The Federal Court of Justice of Germany (Bundesgerichtshof, or BGH) clarified this issue in 2005.[*57] That court held that in such a situation the buyer cannot claim from the seller reimbursement of repair costs in the form of compensation for damages, or on some other legal basis, even through application by analogy of the second sentence of §326 (2) of the BGB. Therefore, under German law a buyer who has a piece of goods repaired without first requesting the seller to repair or replace the defective item is deprived of any possibility of obtaining even partial reimbursement. Next, we examine whether the same conclusion should be reached also if the CISG or CESL were applied to a sales agreement, along with what the resolution of this issue would be under Estonian law.

The literature regarding the CISG and CESL has not discussed this issue in depth. With respect to the CISG, M. Schönknecht is the only one who has found that in such a situation the buyer should be able to claim compensation for costs saved by the seller on the basis of Article 80 of the CISG and the principle of *venire contra factum proprium*[*58], but he knowingly leaves the question of whether a claim can exist under national non-contractual provisions unanswered.[*59] Finding an answer to the last question is further complicated by the fact that the CESL and CISG do not cover unjust enrichment and *negotiorum gestio*. In order to find out whether, in such a case, it would be possible to file a claim under national law that applies to sales agreements, one should first determine whether this issue represents a gap in the scope of the CISG and CESL.[*60]

---

55 J. Oechsler. Praktische Anwendungsprobleme des Nacherfüllungsanspruchs ['Practical Problems on Application of Performance Claim]. – *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, pp. 1825–1827 (in German).

56 S. Lorenz. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht ['Substitute Transaction by Breach of Obligations in Sales Law]. – *Neue Juristische Wochenschrift* 2003, p. 1418 *ff*; I. Ebert. Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer ['Seller`s Right to Secondary Performance and related Risks for a Buyer]. – *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, pp. 1761–1764 (both in German).

57 Judgement VIII ZR 100/04 of the Federal Court of Justice of Germany, dated 23.2.2005. The opinion is covered in *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, p. 1348 (in German).

58 M. Schönknecht (see Note 14), pp. 130–133 (in German). A diverging view can be found in P. Schlechtriem, I. Schwenzer (see Note 20), Article 48, margin No. 21 (in German), where Müller Chen denies that repair costs could be reimbursed under Article 80 but does not address in great detail the issue of costs saved by the seller.

59 M. Schönknecht (*ibid.*), p. 134.

60 With respect to the CESL, see M. Gebauer. Europäisches Vertragsrecht als Option – der Anwendungsbereich, die Wahl und die Lücken des Optionalen Instruments ['European Contract Law as an Option—Field of Application, Choice and Gaps of the Optional Instrument]. – *European Union Private Law Review* 2011, p. 234 (in German). As for the CISG, it is stressed that

The crucial issue is, therefore, whether a possible claim for compensation based on, for example, *negotiorum gestio* or unjust enrichment could be considered a gap left by the CISG and CESL and, if so, whether it is an external or internal one. Without any detailed explanation, commentary on the CISG denies that there is a gap with respect to a buyer's claim for repair costs: this is an issue exhaustively regulated by the CISG, and possible claims under national law are out of the question.*[61] That view must be concurred with—it would not be fair if a seller could not trust the regulation set forth in the CISG and CESL in respect of such a fundamental matter as the seller's liability for non-conforming goods and would have to worry about the possibility of further claims filed under national law. The issue is, by nature, one of the central questions in sales law: what remedies can a buyer exercise against a seller if he has received a defective item, and under what conditions may he apply them? This topic is also one of the main subjects of the CESL*[62]. Therefore, it must be concluded, also with respect to the CESL, that this issue cannot be considered to involve a gap—whether an external or an internal one. In consequence, the question of whether a buyer refusing cure should be able to claim repair costs from the seller should be answered by the CISG or CESL alone, and additional claims under national law are excluded.

Estonian legal literature and court practice have not discussed the possibility of compensation for costs avoided by the seller. Both the *commentary on the LOA* and judgements of the Supreme Court have taken the view that compensation for repair costs in the case of defective goods is possible only if the buyer has first given the seller additional time to remedy the lack of conformity but the seller has failed to do so within that time.*[63] However, the same question may be raised under Estonian law—could a buyer who immediately had the defective goods repaired claim from the seller reimbursement of the repair costs saved, on the basis of the provisions on unjust enrichment or *negotiorum gestio*, particularly under §1041 or §1023 (1) of the LOA? Before we can assess whether the circumstances of our case meet the specific prerequisites for these claims, we must answer the question of whether and to what extent the filing of non-contractual claims is allowed under Estonian law when a contractual relationship exists between the parties. It follows from Estonian legal literature and court practice that such a possibility has not been eagerly acknowledged. The general position is that the existence of a contractual relationship precludes claims based on *negotiorum gestio* and also unjust enrichment.*[64] It is possible to file a claim on a non-contractual basis only if it is allowed *expressis verbis* by the law. In other cases, the existence of non-contractual claims has been rightly ruled out.*[65] Therefore, it must be concluded that a buyer who has repaired an item without having the right to do so cannot claim full or partial compensation for repair costs under Estonian law either.

resorting to domestic law in cases of gaps can be used only as an *ultima ratio*. See P. Schlechtriem, I. Schwenzer (Note 20), Article 7, margin No. 41 (in German).

61 See *Münchener Kommentar* (see Note 13), Article 48, margin No. 22 (in German); see also P. Schlechtriem, I. Schwenzer (*ibid.*), Article 48, margin No. 21.

62 It is evident from Recitals 26 and 27, along with Recital 33, of the CESL that all matters related to remedies for non-performance do fall within its core material scope.

63 See P. Varul *et al.* (see Note 9), pp. 387–388 (in Estonian); also CCSCd, 3-2-1-5-12.

64 For discussion of claims based on *negotiorum gestio*, see P. Varul *et al. Võlaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne III*. ['Law of Obligations Act III. Commented edition]. Tallinn: Juura 2009, pp. 568–569 (in Estonian); CCSCd, 3-2-1-44-11, paragraphs 30–32. With regard to claims based on unjust enrichment, see P. Varul *et al. Tsiviilõiguse üldosa* ['General Part of Civil Law]. Tallinn: Juura 2012, p. 66 (in Estonian); P. Varul *et al. Võlaõigusseadus. Kommenteeritud väljaanne III*. ['Law of Obligations Act III. Commented edition']. Tallinn: Juura 2009, pp. 582, 618 (in Estonian).

65 For example, it is held that, where *negotiorum gestio* is involved, regulation should not replace a contract and impose on a person unwanted services together with a corresponding duty to pay for them. See CCSCd case 3-2-1-44-11, paragraph 33, along with A. Värv. Function of *negotiorum gestio* in civil law. – *Juridica* 3/2013, p. 186. The dominant position is that 'in case there is a contract that governs the activities of a *negotiorum gestor*, claims based on *negotiorum gestio* are usually out of the question, except if the *negotiorum gestor* goes beyond what is allowed under the contract when performing the contract' (author´s translation), as stated by P. Varul *et al. Tsiviilõiguse üldosa* ['General Part of Civil Law']. Tallinn: Juura 2012, pp. 65, 67.

9. Conclusions

The buyer's right to claim compensation for repair costs is in one respect fundamentally different between the LOA, on one hand, and the CISG and CESL, on the other. In specific terms, under the CISG and CESL the buyer's claim for repair costs is not a secondary legal remedy and the buyer has the right to require compensation for damages immediately and without any additional conditions. The seller can counter the buyer's claim and minimise costs by actively offering to cure (CISG, Article 48(1) and CESL, Article 109). This means that it is the seller's duty to assess the seriousness of the situation and ensure the protection of his rights. Among other things, the seller has to take into account that if he does not remedy the lack of conformity or notify thereof in due time, he will risk having to compensate for the repair costs.

The seller has to offer to cure without undue delay from the time the buyer notifies of the lack of conformity (under Article 48(1) of the CISG and Article 109(2) of the CESL). A consequence of the offer to cure is that, at the time of cure, the buyer cannot exercise any legal remedies that are contrary to the purpose of cure, including requiring reimbursement of repair costs. In the event that the seller does not offer to cure, he loses the protection that arises from cure and the buyer can immediately file a claim for repair costs. The same applies if the seller's cure is unsuccessful or if he refuses to cure. The buyer will have the obligation to intervene by notifying of refusal of cure in due time only if the seller offers to cure and without regard for whether the offer was made in due time; the combined effect of the CISG's Article 48(2) and the CESL's Article 109 (paragraphs 2 and 4) applies. If the buyer has no right to refuse an offer to cure or he does not refuse in due time, the seller has the right to repair the goods and thereby pre-empt the buyer's claim for repair costs.

Under Estonian law, the buyer will have a right to claim reimbursement of repair costs only if he submits a claim for performance to the seller and reasonable time to remedy the lack of conformity has elapsed (see §222 (5), §115 (1), and §114 (2) of the LOA). Until that time, the seller is protected from the buyer's claim for repair costs. Accordingly, unlike with the CISG and CESL, the nature of the claim for repair costs is secondary in the LOA and the buyer is required to undertake prior active intervention in the non-performance for assertion of his claim. It follows that under the LOA the risk of communication is borne by the buyer but under the CISG and CESL it is borne by the seller. As for the assertion of claims, the CISG and CESL favour the buyer leaving it up to the seller to counter the claim, which requires him to offer actively to cure. The LOA, on the other hand, emphasises the priority of a claim for performance, without the filing of which repair costs usually cannot be claimed. Here, the buyer has to bear the risk of active intervention with regard to the non-performance. The foregoing also means that the hypothesis presented in the introduction to this paper has been supported.

According to the authors of this piece, the logic of the institution of cure should be preferred in balancing of the interests of the seller and buyer. This means that not the seller but the buyer, as the party who delivered the defective goods and breached contractual obligations, should bear the risk of communication and active intervention related to the remedying of a defect. In the case of passivity or inadequacy of measures, the seller knowingly risks having to reimburse repair costs.

If the buyer has not allowed the seller to repair the goods at his own expense and has had a third party remedy the lack of conformity or has remedied it himself, he cannot require the seller to reimburse for the associated costs. Furthermore, the buyer does not have any non-contractual claims to the extent of the costs avoided by the seller on account of the buyer having remedied the lack of conformity, because otherwise the purpose of the seller's right to secondary performance, and also legal certainty, would be harmed.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.14

Mari Schihalejev

Doctoral Student
University of Tartu

Formation of Creditor Groups in Reorganisation Proceedings: Does Estonia Need a Better Regulation?

1. Introduction

The objective of reorganisation proceedings is to enable enterprises to restore their liquidity, improve their profitability, and ensure their sustainable management. The Estonian Reorganisation Act[*1] (RA) entered into force on 26 December 2008. Since there was no similar regulation in Estonia before, no widespread court practice can be cited; however, it is clear that for some questions the existing law does not provide optimal regulation. In its Submission for Approval of the Plan of Developing the Draft Act on Amending the Reorganisation Act[*2], the Estonian Ministry of Justice has drawn attention specifically to the problem that the effectiveness of reorganisation proceedings is low. One way to bring greater effectiveness is to ensure protection of the rights of the debtor and creditors alike. This refers to the law having to enable companies to have the opportunity for reorganisation, if it is reasonable, and having to preclude the possibility of general rights of creditors not being protected against abuse by creditors with special interests. As the creditors have to accept the reorganisation plan, one means for reaching the objectives of reorganisation proceedings is division of creditors into several voting groups. The associated issue has been noted in the above-mentioned plan and had also been underscored earlier in the legal literature.[*3]

The main problem related to creditor groups is that the RA does not oblige the debtor to designate individual creditor groups and makes no special provisions for pledgees or debtor-related persons. This means that the debtor is able to manipulate the votes in order to ensure the acceptance of the plan. According to the RA's §24 (1), creditors shall decide on acceptance of a reorganisation plan by means of voting. According to §21 (2) of the RA, this reorganisation plan may prescribe that the claims of creditors shall be satisfied separately, by creditor group. Creditors with the same rights constitute one group. However, it is unclear what is meant by 'the same rights'. The provisions regulating the voting process do not prescribe definitive instructions. The RA does not specify clearly which creditors should be divided into distinct groups. Nor does the RA even state the minimum requirements applicable in those situations in which creditors shall

1 Saneerimisseadus. – RT I 2008, 53, 296; RT I, 21.12.2012, 1 (in Estonian).

2 Saneerimisseaduse muutmise seaduse eelnõu väljatöötamiskavatsuse esitamine kooskõlastamiseks ['Submission for Approval of the Plan of Developing the Draft Act on Amending the Reorganisation Act']. Available at http://eelnoud.valitsus.ee/main#QZDoekBD (most recently accessed on 5.1.2014) (in Estonian).

3 P. Varul. Maksejõuetuse areng Eestis ['Developments in insolvency law in Estonia']. – Juridica 2013/4, p. 238 (in Estonian).

be divided into separate groups. Neither has the Supreme Court provided clear guidelines about the formation of creditor groups. In case 3-2-1-25-11, the Supreme Court stated that if creditors with various rights are treated significantly differently in the plan, the creation of groups is compulsory.[*4] However, it is still unclear in which cases creditor groups should be formed and in which cases the formation of groups is not allowed.

Consequently, under current insolvency law, the debtor has an extensive right of discretion to form creditor groups in such a way as to ensure the acceptance of the reorganisation plan. The formation of the groups is a key issue in reorganisation proceedings. However, in some cases, the formation of the groups is not legitimate and does not correspond to the rights and interests of at least some of the creditors. Therefore, creditors vote against the reorganisation plan and there is no quorum for the acceptance of the reorganisation plan. According to §24 of the RA (Subsection 4), if creditors are divided into groups on the basis of a reorganisation plan, the plan shall be accepted if, for each group, at least half of the creditors belonging to that group vote in favour of the reorganisation plan and at least two thirds of all votes represented in the group are cast in favour of it. If the formation of groups does not correspond to the creditors' rights and interests, creditors will vote against the acceptance of a reorganisation plan; therefore, with the plan proposed not adopted, the reorganisation proceedings fail. Consequently, the debtor in such cases shall file a bankruptcy petition because of having no opportunity to overcome the economic difficulties by means of reorganisation proceedings.

To safeguard the parties' interests and ensure the legality of the voting in the proceedings, it has been prescribed that creditors who have the same rights and interests should vote in a different group from those with a different general set of rights and interests. The International Working Group on European Insolvency Law has set forth principles of European insolvency law according to which the persons affected by a reorganisation plan should vote in separate categories.[*5] Several international organisations have also given instructions about dividing creditors into distinct groups for voting purposes. The principles and guidelines of the World Bank[*6] and UNCITRAL[*7] prescribe that the law should provide regulations on the formation of creditor groups. Furthermore, in a number of countries that have a long-standing tradition of reorganisation proceedings it is compulsory to cluster creditors into groups (examples are the United States, Germany, and Finland).

In current Estonian practice, debtors rarely form creditor groups for voting purposes in such a way as would be consistent with the creditors' rights and interests. Doing so, however, would ensure equal treatment for the creditors while also protecting the interests and rights of the debtor. Accordingly, creditors would be interested in voting and in the adoption of a reorganisation plan, which means that the enterprise seeking restructuring could continue its economic activity.

The main problem of Estonian law as it currently stands seems to be, in fact, that the law does not provide clear rules about forming of creditor groups. Therefore, the issue arises of whether the law provides sufficient protection to the parties to reorganisation proceedings. The question is this: should the law provide for formation of separate creditor groups for voting purposes in order to ensure the protection of the parties' rights and interests? There is a second question too: which creditors should be defined as forming a separate group for voting purposes in reorganisation proceedings?

4 CCSCr 9.5.2011, 3-2-1-25-11, para. 40. Available at http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK/3-2-1-25-11 (most recently accessed on 5.1.2014) (in Estonian).

5 B. Wessels. Principles of European Insolvency Law. Vrije University Amsterdam, p. 7. Available at http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/405.html (most recently accessed on 5.1.2014).

6 The World Bank. Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems. April 2001, p. 11. Available at http://www.worldbank.org/ifa/ipg_eng.pdf (most recently accessed on 5.1.2014).

7 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Legislative Guide on Insolvency Law, pp. 262–263, 275. Available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf (most recently accessed on 26.1.2014).

2. The objective in the formation of creditor groups and legislation in other countries

Reorganisation proceedings are categorised as a type of collective insolvency proceedings. This means that, as in bankruptcy proceedings, the principle of equal treatment of creditors applies.[*8] It has been held in the legal literature that the notion of equality of creditors is understood today as referring to procedural equality.[*9] In this view, each creditor should have the same opportunity to participate in reorganisation proceedings. This principle is relevant for several aspects of the proceedings, including the voting process. However, it has been declared, not all creditors have to be treated identically.[*10] In fact, creditors who differ in their rights and interests should not vote in the same group. No matter the wish to treat all creditors equally, full applicability of the above-mentioned principle has been deemed impossible in the literature.[*11] It has been held that deviations are caused by various historical, political, and pragmatic factors, among them the desire to ensure legal certainty and profitability of the debtor's activities.[*12] One of the important deviations would be the following: pledgees and debtor-related persons would vote in different groups relative to other creditors. Deviations from the above-mentioned principle have been caused by the fact that pledgees and debtor-related persons differ in their rights and interests from other creditors. The formation of groups of the mentioned creditors avoids potential conflicts of interest among the creditors. It ensures the fair treatment of creditors and the legitimacy of the voting. Moreover, creditors with the same rights are treated equally within the separate group.

Secured creditors and unsecured creditors have different rights and interests. Claims of secured creditors are secured by the pledge, which means that their claim is preferred over all other claims with respect to a pledged property. Therefore, the interests of the pledgee are associated in particular with whether the reorganisation measures affect the pledge. If the plan through its reorganisation measures affects the pledged property, the pledgee has a preferential right to the property. If all creditors vote in the same group, a situation may arise wherein unsecured creditors make decisions about pledged property that violate the principle of the strong position of the pledgee. On the other hand, when the plan does not affect the pledged property but secured creditors nonetheless have the right to vote, the interests of unsecured creditors are eroded. Secured creditors usually have the majority of votes, but if they are not interested in voting, the necessary quorum will not be reached for acceptance of the plan, even when the plan may be consistent with the interests of other creditors. It has been held in the legal literature, that voting in different creditor groups ensures that creditors cannot prevent the reorganisation plan.[*13] With distinct groups, it has also been declared, that it will be easier to achieve consensus for the acceptance of the plan.[*14] In light of situations of this nature, secured creditors should be voting in their own groups, for their rights and interests differ from the rights and interests of unsecured creditors.

At the same time, debtor-related creditors and other creditors voting in the same group may display a conflict of interests. In some cases, debtor-related creditors shall be given preference in the proceedings and thereby have an advantage over other creditors. Debtor-related creditors have readier access to financial reports that provide more information than is otherwise available about the debtor's actual economic situation, even though it has been pointed out that all creditors in the proceedings should be guaranteed the same information about the debtor's assets and obligations.[*15] Compared to other creditors, debtor-related

8 P. Varul. Pankrotiseaduse uued parandusettepanekud ['New proposals for amendments to the Bankruptcy Act']. – Juridica 2008/6, p. 362 (in Estonian).

9 T. Saarma. Pankrotimenetluse põhimõtted ['The principles of bankruptcy law']. – Juridica 2008/6, p. 354 (in Estonian).

10 UNCITRAL. Legislative Guide on Insolvency Law (see Note 7), p. 11.

11 T. Saarma (see Note 9), p. 355.

12 A. Kasak. Võlausaldajate võrdse kohtlemise põhimõttest kõrvalekaldumine pankrotimenetluses ['Deviations from the Principle of Equal Treatment of Creditors in Insolvency Proceedings']. Master's thesis. Tartu 2010, p. 16 (in Estonian).

13 European Commission. Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start. Final Report of the Expert Group. September 2003. European Commission Enterprise Directorate General, p 52. Available at http://www.pedz.uni-mannheim.de/daten/edz-h/gdb/03/best-report-en.pdf (most recently accessed on 5.1.2014).

14 Saneerimisseaduse eelnõu seletuskiri ['Explanatory Notes to the Reorganisation Act'], p. 30. Available at http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=401582&u=20130407192528 (most recently accessed on 5.1.2014) (in Estonian).

15 B. Wessels. Cross-Border Insolvency Law: International Instruments and Commentary. Kluwer Law International 2007, p. 649.

creditors have a different position. For example, they have a preferential right to important information. This might result in a situation wherein debtor-related creditors decide the conditions for transforming of other creditors' claims. Consequently, creditors should vote in separate groups because of this preferential position—since the treatment of creditors varies along these lines, debtor-related creditors should vote in different groups than other creditors are.

However, the formation of groups cannot take into account only the interests of creditors. After all, the objective of reorganisation is to enable debtors to overcome their economic difficulties. The debtor may form groups in such a way that the creditors would be likely to accept the plan. The Supreme Court stated in its ruling in case 3-2-1-122-09 that the interests of the debtor are somewhat more important in reorganisation proceedings than the interests of the creditors. The determinative factor is whether the creditors' interests are seriously infringed.[*16]

The Supreme Court's statements regarding preference for the debtor's interests are reasonable. While it must be ensured at the same time that none of the creditors' interests are seriously violated, when, on the other hand, creditors do not take account of the debtor's interests, reorganisation is unsuccessful and the debtor ends up insolvent. Creditors may not be able to recover such large claims in bankruptcy proceedings as in reorganisation (especially in a situation wherein the debtor's only asset is pledged property). According to some studies, payments to creditors may be almost twice as large in reorganisation proceedings as in the case of sale in bankruptcy.[*17] While the payments tend to be larger, the debtor should still take into account the interests of the creditors in the various creditor groups, since it is their voting rights that allow the reorganisation to succeed.

The RA's conception of the idea of dividing creditors into groups proceeds from Chapter 11 of the U.S. Bankruptcy Code.[*18] According to the U.S. Bankruptcy Code[*19], a plan may place a claim in a particular group only if that claim or interest is substantially similar to the other claims or interests in the relevant group. This means that the formation should be based on the claims' nature. In the U.S. a claim shall be included in the group in question where the other claims covered by that group are substantially similar to it.[*20]

Other countries' legislation on the formation of creditor groups makes it compulsory to divide creditors into distinct groups for reorganisation proceedings. This is seen, for example, in German and Finnish insolvency law.

Pursuant to §222 (1) of the German Insolvenzordnung[*21] (InsO), in determination of the rights held by the parties involved with the insolvency plan, such creditor groups must be formed when the creditors differ in their legal statuses. A distinction shall be made among 1) those creditors entitled to separate satisfaction if their rights are encroached upon by the plan, 2) the non-lower-ranking creditors, and 3) each class of lower-ranking creditors involved in the insolvency proceedings unless their claims are deemed to be waived pursuant to §225. Additionally, creditors' economic interests should be taken into consideration in the formation of groups. Pursuant to Subsection 2 of the InsO's §222, creditors whose economic interests are similar shall be assigned to the same group. Obviously, regulation taking into account both the legal and the economic interests of the creditors in the forming of creditor groups ensures the protection of the creditors' interests more than does our own legal system, which does not make the formation of groups compulsory.

The Finnish Restructuring of Enterprises Act[*22] too (in §51 (3)) provides that creditors shall be divided into groups. That law prescribes that distinctions shall be drawn among secured creditors, creditors holding a floating charge as security for their claims, and other than secured creditors—so that one group is formed of creditors whose claims may be enforced without a judgement or court order.

16 CCSCr_18.11.2009,_3-2-1-122-09, para. 19. Available at http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK/3-2-1-122-09 (most recently accessed on 5.1.2014) (in Estonian).

17 P. Manavald. Economic crisis and the effectiveness of insolvency regulation. – Juridica International 2010 (XVII), p. 213.

18 Saneerimisseaduse eelnõu seletuskiri (see Note 14), p. 30.

19 USA Bankruptcy Code. Title 11 – Bankruptcy. Available at http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_11.html (most recently accessed on 5.1.2014).

20 Bankruptcy Code, Rules and Official Forms, 1992: Law School Edition. West Publishing Co. 1992, p. 328.

21 Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994. – BGBl. I, p. 2866 (in German).

22 'Laki yrityksen saneerauksesta', 1993/47. Available at http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1993/en19930047 (most recently accessed on 23.5.2014).

It should be compulsory, in light of the examples given above, to form separate creditor groups in reorganisation proceedings for grouping of those who have different rights and interests for voting purposes. Therefore, Estonian reorganisation proceedings' regulation should be amended on the basis of other countries' legislation and guidelines of international organisations mentioned above. The law should provide that the debtor is obliged to define separate creditor groups for voting purposes. These groups should be formed in such a way that creditors with the same rights and interests would vote in the same group. For reduction of any further damage to creditors' interests, the creditors' common economic interests should also be taken into consideration. The RA should provide minimum requirements stating which creditors should be in different groups from each other. At least, there should be an obligation to form separate groups at least for secured and unsecured creditors, along with a group only for debtor-related creditors. The formation of groups increases legal certainty while at the same time ensuring the legitimacy of the voting and the protection of the parties' interests and rights in the reorganisation proceedings. This, in turn, leads to a situation wherein creditors will participate actively in the proceedings and the RA accomplishes its objective efficiently.

3. Creditors to be defined as a separate group

3.1. Secured creditors

Secured creditors have priorities established by the law in consideration of the nature and purpose of the pledge. According to §280 of the Law of Property Act[*23] (LPA), secured creditors' claims are preferred above all other claims with respect to the pledged property. Reorganisation proceedings and the voting process shall also follow these priorities of secured creditors. However, under current implementing law, secured creditors' rights are not preferential in the manner required by this law.

Firstly, it must be recognised that the RA does not forbid the transformation of a secured claim as a reorganisation measure. Secured creditors can be involved in reorganisation and given the right to vote. However, according to rulings by the Civil Chamber of the Supreme Court, creditors involved in the reorganisation process cannot be left without their secured claim, where one exists. Secured rights shall not be transformed or changed. Since a mortgage does not presume the existence of a claim to be secured (LPA, §325 (4)), the claim secured on the transformation does not affect the validity of a mortgage.[*24] However, as the Supreme Court has stated, reorganisation proceedings cannot treat secured creditors with much less favour than that given them in bankruptcy proceedings.[*25]

Nevertheless, secured creditors are treated in reorganisation as unsecured creditors, and they are in the same group as unsecured creditors for voting purposes. Such a regulatory approach harms the rights and interests of the secured creditors because they are not treated as priorities; in contrast, in bankruptcy proceedings, their preferential rights are ensured. According to §153 (1) of the Bankruptcy Act[*26] (BA), secured creditors' claims are satisfied before all other claims. The RA does not specify such priority rights. Therefore, a situation arises in which secured creditors prefer bankruptcy proceedings to reorganisation, while the former are, in general, less favourable to the interests of unsecured creditors.

Moreover, it has been held that the parties' divergent interests mean that secured creditors almost always prefer quick sale of their security, while unsecured creditors prefer the amount realised for the sale of assets or the business.[*27] If the property is sold for as high a price as possible, unsecured creditors too can have their claims satisfied. In the case of a quick sale, the price is lower and only secured creditors may have their claim satisfied. In consequence, secured creditors have another reason to prefer the debtor's liquidation to reorganisation, for in liquidation they can rapidly recover most or all of their investment. There may be advantages for secured creditors if the debtor is declared bankrupt. It has been pointed out that banks

23 Asjaõigusseadus. – RT I 1993, 39, 590; RT I, 23.4.2012, 1 (in Estonian).

24 CCSCr 9.5.2011, 3-2-1-25-11, para. 59; CCSCr 19.6.2013, 3-2-1-74-13, para. 18. Available at http://www.riigikohus.ee/?id=11&tekst=RK/3-2-1-74-13 (most recently accessed on 5.1.2014) (in Estonian).

25 CCSCr 9.5.2011, 3-2-1-25-11, para. 61; CCSCr 19.6.2013, 3-2-1-74-13, para. 19.

26 Pankrotiseadus. – RT I 2003, 17, 95; RT I, 23.12.2013, 1 (in Estonian).

27 The World Bank. Effective Insolvency Systems: Principles and Guidelines. October 2000, p. 22. Available at http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/DL_2_2_consultation.pdf (most recently accessed on 14.5.2014).

and similar lenders often may be able to recover a greater percentage of their claim if the debtor is liquidated.[*28] Reorganisation may delay realising the security of secured creditors.[*29]

As is noted above, many other countries' legal acts and also international organisations provide that secured creditors shall be divided into groups for voting purposes. For instance, the German InsO (§222 (1)) and the Finnish Restructuring of Enterprises Act (§51 (3)) prescribe that secured creditors shall be divided into separate groups.

Accordingly, if a secured creditor's claim is not fully secured, the unsecured part of the claim shall not be treated as a secured claim. Among the guidelines for distinguishing between creditors with different rights are those provided by UNCITRAL: If the value of the secured property is not sufficient to satisfy the secured creditor, the secured creditor shall participate in the proceedings as an unsecured creditor.[*30] The creditor has a preferential right only with respect to the portion of the claim that is secured. The unsecured part can be treated in the same way as other unsecured claims because there is no preferential right. For avoidance of unnecessary court actions, this principle should be set forth clearly in the RA.

In bankruptcy proceedings, compromise refers to an agreement that is similar to that in reorganisation wherein the debtor and creditors reach a compromise with respect to the payment of debts (BA, §178 (1)). Compromise in bankruptcy proceedings calls into play special regulation for secured creditors for voting purposes. According to §181 of the BA, a creditor whose claim is secured by a pledge shall vote on a compromise only if the claim is not fully secured by the pledge. In such a case, the claim of the pledgee shall be taken into account in voting only to the extent that the claim would presumably not be satisfied from the proceeds of the sale of the pledged object. If there is a request for the invocation of a claim arising from the right of security of a creditor who is the pledgee to be precluded for more than 90 days by a compromise proposal, the claim of the creditor who is the pledgee shall be fully taken into account in the voting.

Both the nature and the purpose are similar between reorganisation and bankruptcy proceedings. It cannot be the legislator's will for secured creditors' interests to be protected less in reorganisation than in bankruptcy proceedings. Such a situation cannot be justified. The position of the pledgee in reorganisation proceedings needs to be strengthened. For better protection of the secured creditors' rights in the proceedings to be ensured, forming a separate group of secured creditors should be considered.

3.2. Debtor-related creditors

Debtors should arrange a different group for related creditors for voting purposes in reorganisation proceedings because, when compared to other creditors, these creditors have different rights and interests. However, the RA does not differentiate between creditors who are related to debtors and other creditors.

According to UNCITRAL, a debtor-related person may be i) a person who is or has been in a position of control of the debtor or ii) a parent, subsidiary, partner, or affiliate of the debtor.[*31] The Estonian insolvency system does not provide general regulation and case law stating what the legal status of debtor-related persons should be. In definition of the class of debtor-related creditors, therefore, §117 of the BA should be followed. It provides a list of persons connected with natural and legal persons. However, that list is not exhaustive—in Subsection 3 of the same section, the BA states that a court may consider a person who is close to a debtor to be a debtor-related person even if that person is not specified in Subsection 1 or 2.

A clear distinction should be made between ordinary and subordinated creditor claims. As has been noted in the legal literature, a subordinated loan is usually defined as a loan that is repayable after the claims of all other creditors have been covered.[*32] It is the opinion of the Ministry of Justice that the status of partners/shareholders or other debtor-related persons differs from that of other creditors. On the basis of economic content, their loan should be treated as increasing the share capital. Therefore, the loan cannot be treated as commensurate with other claims in reorganisation and bankruptcy proceedings. The claim shall be satisfied only after all other creditors' claims have been covered. Treating the claims

28 J. Sarra. Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations. Canada: University of Toronto Press Incorporated 2003, p. 59.

29 *Ibid*., p. 58.

30 UNCITRAL. Legislative Guide on Insolvency Law (see Note 7), p. 275.

31 *Ibid*., p. 6.

32 A.Vutt. Subordination of shareholder loans in Estonian law. – Juridica International 2008 (XV), p. 87.

equally may constitute an abuse of the other creditors' rights, and it reduces the 'ordinary' creditors' trust in reorganisation.[*33]

Section 222 of the German InsO prescribes that the formation of different group for subordinated creditors must be addressed in an insolvency plan. The interests of subordinated creditors (*nachrangige Insolvenzgläubiger*) are to be addressed after all unsecured creditors have been paid in full. Subsection 3 of that section states exceptions to this requirement—a separate group may be formed for minor shareholders whose share in the liable capital amounts to less than one per cent or to less than one 1,000 euros.

On the other hand, the debtor can ensure the acceptance of the reorganisation plan through debtor-related persons. In the event of approval of the reorganisation plan, the debtor has an opportunity to continue its business activities, and its partners/shareholders are more likely to earn some money. If the creditor groups are formed in that way, the creditors largely support the approval of the plan, and then there is less chance of the plan not being accepted. Among the results is that the creditors and the debtor attempt to increase the number of their votes, in order to control the reorganisation process as has been declared in the literature.[*34]

Debtor-related persons and other creditors voting in the same group may act against the principle of good faith. The principle of good faith is prescribed in §138 of the General Part of the Civil Code Act[*35] and in §6 of the Law of Obligations Act[*36] (LOA). According to the former (in §138(1)), rights shall be exercised and obligations performed in good faith. The act goes on to prescribe, in Subsection 2, that a right shall not be exercised in an unlawful manner or with the objective of causing damage to another person. According to the legal literature, for purposes of ascertaining whether the rights in question have been abused, the parties' behaviour should be evaluated for whether it is fair and equitable.[*37]

Therefore, a situation may be created wherein debtor-related creditors participate in the proceedings and abuse their rights in order to obtain control over the proceedings. Creditors may submit a claim that is void because of the ostensible transaction. Furthermore, money can be taken out with these claims and other creditors' interests may be harmed. However, according to §200 (1) of the Code of Civil Procedure[*38] (CCP), participants in proceedings are required to exercise their procedural rights in good faith.

In Estonian judicial practice, disputes have arisen with respect to debtor-related persons participating in voting. The practice, regrettably, has not been uniform.

The Supreme Court found in its ruling on case 3-2-1-122-09 that the RA does not distinguish between debtor-related creditors and other creditors. Under the RA (§24 (2)), the number of votes for each creditor is proportional to the amount of the creditor's principal claim, which shall have been ascertained pursuant to said legal act. According to the court, the BA similarly does not distinguish between debtor-related creditors and other creditors.[*39] However, neither this silence nor the above statement can be a reason that debtor-related and other creditors should vote in the same group in both reorganisation and bankruptcy proceedings.

Pärnu County Court approved a reorganisation plan in its decision 2-09-21196. In this case, the bank as a secured creditor submitted an application to a court in which it was requested that approval of the reorganisation plan be refused because, on the basis of the reorganisation plan, the bank would be treated substantially less favourably than were other creditors, who were related to the debtor. The bank was of the opinion that it would not be acceptable if the debtor-related creditors, who held two-thirds of all the votes represented, were to decide on the transformation of the secured creditor's claim. The court criticised the bank, noting that the creditor's action was the reason for which the debtor had had to submit the reorganisation petition in the first place. The County Court found that, since reorganisation and bankruptcy proceedings have different objectives, relatedness in the case of some debtor-related persons has no legal effect and that, unlike in bankruptcy proceedings, relatedness does not mean that violation of other creditors' rights should automatically be presumed.[*40]

33 Saneerimisseaduse muutmise seaduse eelnõu väljatöötamiskavatsuse esitamine kooskõlastamiseks (see Note 2), p. 3.

34 J. Sarra (see Note 28), pp. 221–222.

35 Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216; RT I, 6.12.2010, 1 (in Estonian).

36 Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487; RT I, 29.11.2013, 1 (in Estonian).

37 I. Kull. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne ['General Part of the Civil Code Act, Commented Edition']. Tallinn 2010, p. 419 (in Estonian).

38 Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26,197; RT I, 6.2.2014, 13 (in Estonian).

39 CCSCr 18.11.2009, 3-2-1-122-09, para. 18.

40 Ruling of Pärnu County Court 2-09-21196 (in Estonian).

Harju County Court found in its ruling on case 2-09-12156 that debtor-related creditors shall be separated out into their own group. The court analysed the principle related to equal treatment of creditors and found the following: a situation in which there are secured and unsecured creditors as well as debtor-related creditors and they are not divided into separate groups even though the measures of debt transactions are different runs counter to the purpose of reorganisation, since the creditors have different rights. The court found that debtor-related creditors should belong to a separate group from other creditors and that the votes of the debtor-related persons cannot be the determining factor in the transformation of other creditors' claims. The court noted that the purpose of the creditor groups is to ensure that creditors with the same interests and rights are treated equally. Debtor-related persons clearly have the same interests in general, which distinguish them from other creditors.[*41]

Although the legislator has prescribed legal remedies for creditors, the practice is not uniform and does not always take into account the objective of the formation of creditor groups. According to §16 (2) of the RA, the duty of a reorganisation adviser, *inter alia*, is to verify the lawfulness of creditors' claims. Section 43 prescribes, in Subsection 1, that the court terminates reorganisation proceedings under the following conditions: it becomes evident that there is actually no claim against the debtor for which transformation is requested by a reorganisation plan, the amount of the claim is unclear, the reorganisation adviser cannot determine the lawfulness of the claim, or the claim is not substantiated. Furthermore, creditors may file an application to raise an objection pertaining to the approval of the reorganisation plan. According to §26 of the RA, a creditor may, within the term specified in the same act's §10 (2) 3), submit a reasoned application to a court in which he or she requests that approval of the reorganisation plan be refused if 1) he or she has voted against the reorganisation plan; 2) his or her rights have been seriously violated in the course of the preparation of the reorganisation plan or in the plan's acceptance; or 3) on the basis of the reorganisation plan, he or she is treated substantially less favourably than other creditors or relative to other creditors belonging to his or her group.

However, the provisions do not protect the parties' rights and interests sufficiently. Instead, these claims might lead to court actions and, therefore, may not ensure safeguarding of the principle of speed and efficiency of the proceedings.[*42] Consequently, the legislator should amend the law and make the formation of creditor groups mandatory. In order to ensure the legitimacy of the voting and also guarantee legal certainty and legal clarity, debtor-related persons should be voting in different groups from other creditors.

On the other hand, it is not always justified to form separate groups of debtor-related creditors when their transactions are real and legitimate. Therefore, in each case, the relationship between the parties and the economic substance of the transaction should be verified. If the transaction does not go against the principle of good faith and equal treatment of creditors, and the debtor has had consideration, there is no reason to form a separate group. In this case too, the principle of forming a separate group of creditors with the same rights is also followed. It is when there are subordinated claims and other debtor-related creditor claims not involving the same legal status and interests as the other unsecured claims that a separate group from other creditors should be created.

4. Conclusions

The issue of formation of creditor groups for voting purposes arises in relation to the adoption of a reorganisation plan. Reorganisation is a set of measures implemented in order to enable the debtor to overcome the economic difficulties experienced. Since the debtor's reorganisation plan is of determinative importance for the further economic activity of said business, the debtor might manipulate the votes and affect the adoption of the plan, which could violate creditors' rights and interests. In order to ensure the legality of the voting, it is justified to set up groups of creditor where those in each group have different rights and interests from those in the others.

In a comparison to the legislation of other states discussed in this article, the Estonian reorganisation law is one of the few national laws in its sphere that do not provide clear regulations on the formation of

41 Ruling of Harju County Court 2-09-12156 (in Estonian).

42 M. Schihalejev. Häälte määramine ja selle kohtulik järelevalve maksejõuetusmenetluses ['Determination of Votes and Its Supervision Exercised by Courts in Insolvency Proceedings'], pp. 29–33. Master's thesis. Tartu 2013 (in Estonian).

separate creditor groups and do not generate associated judicial practice. However, the formation of different creditor groups is essential if the legislator is to ensure legal certainty and an effective reorganisation law. Examination of the practice of other states as discussed above reveals no evidence that forming groups is not justified. On the contrary, all of the states considered prescribe that formation of creditor groups is compulsory when the creditors have disparate rights and interests, in order to ensure the equal treatment of those creditors with the same legal status. Therefore, there is justification for the opinions expressed by the Estonian Ministry of Justice in its Submission for Approval of the Plan of Developing the Draft Act on Amending the Reorganisation Act about amendments to the RA.

The legislator should prescribe clear rules and provisions in the RA stating that the debtor should form creditor groups for voting purposes in reorganisation proceedings when the creditors differ in their legal status and economic interests. The RA should provide minimum requirements that determine which creditors should be voting in their own groups. Secured and unsecured creditors should be assigned to different groups. However, a creditor has a preferential right only to the extent to which the claim is secured. Debtor-related creditors too should vote in a separate group, especially in the case of subordinated claims. In cases involving other debtor-related creditors' claims, verification should be obtained in each case as to whether they have the same legal status and interests as the other unsecured creditors, such as would justify voting in the same group as those others.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.15

Leonid Tolstov

Attorney-at-Law
Partner, Law Office VARUL

Personal Liability of a Director to Creditors in the Case of Thin Capitalisation of a Company

1. Introduction

The foundation of a limited-liability capital company[*1] is its capital, and the concept of limited liability proceeds from this fact.[*2] As shareholders of a company are liable for that company's debts to the amount of capital paid up, it is important for the creditors that the company retain its capital, since, in the event that the company's capital is used up, the unsecured claims of creditors remain partially or completely non-covered. When a company's capital falls below the statutory limit (a situation known as thin capitalisation), the company enters a hazard zone. This can be considered to be a pre-insolvency situation.[*3]

It is generally recognised that a company director[*4] is not liable to the creditors of the company and, as a rule, has duties only to the company.[*5] However, the situation changes when the company becomes

---

1 The most common types of companies with capital are the GmbH (for the German 'Gesellschaft mit begrenzter Haftung') type of company, a form of company intended mainly for small and medium-sized entities, and the AG-type company (the *Aktiengesellschaft* form, again as seen in Germany), meant primarily for large companies. The article deals mostly with the liability of directors of a GmbH-type limited-liability company since that type of company is the most widespread and, therefore, associated liability cases too are seen more often. For further explanation, in the countries analysed in the article, counterparts of the GmbH are Spain's 'Sociedad de responsabilidad limitada' (or 'S.R.L.'), the 'private limited company' (abbreviated 'Ltd' in the company's name) found in the United Kingdom, and the *osaühing* in Estonia (abbreviated 'OÜ'). The AG-type companies are considered in the article in relation to matters that are in principle regulated differently than for GmbH-type companies. In the countries analysed in the article, counterparts of the AG are Spain's 'Sociedad Anónima' (or 'S.A.'), the United Kingdom's 'public limited company' (or 'Plc'), and Estonia's *aktsiaselts* (abbreviated 'AS').

2 On the limited liability of shareholders of a company, see T. Raiser, R. Veil. *Recht der Kapitalgesellschaften*. ['Corporate Law'], Verlag Franz Vahlen 2010, p. 327 *ff*. (in German).

3 It is difficult to determine the pre-insolvency situation precisely since, at base, any kind of situation that precedes insolvency could be considered to be a pre-insolvency situation. In general, it is possible to speak of the pre-insolvency situation when the regular economic activities of a company are in a crisis but the problems that have arisen have not become irreversible and permanent yet. In the context of this article, the pre-insolvency situation of a company is limited to thin capitalisation when the company's capital has fallen below the minimum statutory limit but the company has not become permanently insolvent yet.

4 To explain the term used: in countries studied in the article, it is stated here that the counterparts of the well-known 'director' found in English law are the *Geschäftsführer* in a GmbH or *Vorstandsmitglied* in an AG in Germany, the *administrador* in Spain, and a *juhatuse liige* (member of the management board) in Estonia. For greater readability, the term 'director' is used throughout the article.

5 Breach of a director's duties in a case of thin capitalisation may bring about the director's internal liability to the company. However, this issue remains beyond the scope of the present article. For more information about a director's internal liability in a case of thin capitalisation, see R. Bork, C. Schäfer. *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 2nd ed. RWS Verlag Kommunikationsforum 2012, p. 974.

insolvent, because by that time the company has used up its capital and further activities are possible only through the use of loan capital. This is why many countries have prescribed an obligation for the director to terminate the company's activities in the event of the company's insolvency. If that obligation is violated, the director may be held personally liable for partial or full compensation of creditors' outstanding claims.[*6]

The purpose of this article is to analyse, on the basis of German, English, Spanish, and Estonian law, whether personal liability of a director for damaging the interests of creditors could be applied earlier, in a phase preceding insolvency—when the company's capital has not been entirely used up but the company has already reached the stage of thin capitalisation and may become permanently insolvent. From the perspective of a director's civil liability, the important question is how much business risk the director should be allowed to take when managing a company that is experiencing thin capitalisation and when (and under what circumstances) the director should be held personally liable to the creditors of the company.

2. Capital requirements applied to companies

The fixed capital of a company is the initial capital specified by law or the articles of association and paid up by shareholders. It forms the basis for credit for a company and serves the interests of securing the creditors' claims.[*7] The minimum capital requirements in the countries considered in the present article vary considerably. For example, German law states that the amount of minimum capital of a GmbH-type company is EUR 25,000[*8]; while the minimum capital of an S.R.L.-type company in Spain, a corresponding form of company, is EUR 3,000[*9] and that of an OÜ-form company in Estonia is EUR 2,500[*10]. However, an 'Ltd' incorporated in England can be created with any number of shares, of any value, while the Companies Act 2006 (or 'CA 2006'), in Subsection 763 (1), establishes a requirement as to the minimum share capital of a 'Plc', which is £50,000.[*11]

It is clear that one important feature of a limited-liability company (or capital company) is a minimum amount of capital set forth by law or in the articles of association. Since the principle of limited liability of a capital company is tied directly to the company's capital, it is extremely important to guarantee maintenance of capital at least to its specified minimal extent in order to ensure solid economic circulation and protect the interests of creditors.

Since the management board is entrusted with day-to-day management of the company and organisation of its accounting, compliance with capital requirements is dependent on, above all, the acts and omissions of the director. Article 17 of the EU's Second Company Law Directive[*12] imposes a duty to call a

6 For example, in Germany the director has an obligation to submit a bankruptcy petition when the company has become permanently insolvent. With this, the director subjects the subsequent existence of the company to a court's and bankruptcy trustee surveillance and prevents further decrease in the company's capital. In the United Kingdom, the director has no direct obligation to submit a bankruptcy petition; however, a similar result is achieved by prescription of liability of the director for wrongful trading when the director damages the interests of creditors by continuing the economic activities of the company in circumstances wherein it is evident that it is not possible to prevent the company's insolvency and liquidation any longer. For comparative material on protection of the interests of creditors in the event of a company's insolvency in German and English law, see C. Thole. *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht*. Mohr Siebeck 2010.

7 T. Raiser, R. Veil (see Note 3), p. 328.

8 Article 5 (1) of the GmbH Act (in German, known as *das GmbH-Gesetz*). Available at http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/__5.html (most recently accessed on 6.1.2014) (in German).

9 Article 4 (1) of the Spanish Companies Act (in Spanish, called the *Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*). Available at http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rdleg1-2010.t1.html#a4 (most recently accessed on 6.1.2014) (in Spanish).

10 Section 136 of the Estonian Commercial Code (in Estonian, the *äriseadustik*). – RT I 1995, 26/28, 355; RT I 2005, 63, 481 (in Estonian). English text is available via http://www.legaltext.ee/ (most recently accessed on 1.1.2014). In the countries referred to, it is also possible to establish companies with less capital or without paying up the capital under certain circumstances; however, that does not, in its essence, affect the issue of thin capitalisation and, therefore, the author will not analyse the issue more thoroughly at this point.

11 For comparison purposes, the minimum capital for a German AG is EUR 50,000, the minimum capital for a Spanish S.A. is EUR 60,000, and the minimum capital for an Estonian AS is EUR 25,000.

12 Council Directive 77/91/EEC, of 13 December 1976, on the co-ordination of safeguards that, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States from companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the establishing treaty, in respect of the formation of public limited-liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent – [1977] OJ L 026/0001.

meeting if more than half of the subscribed capital is lost. In addition, this principle is integrated into the national regulations of all the countries examined here.

However, a question always follows a provision that prescribes a duty—what will be the consequences for violating that duty?

With the countries studied, it is remarkable that the duties of the director in the case of thin capitalisation are, in large part, limited to only the obligation to call a general meeting. Since this obligation is quite a formal one, it is difficult to implement civil liability of the director if that duty is violated, and several legislators have tried to resolve the situation through threats of criminal sanctions.[*13] This author is of the opinion that applying criminal penalties in the given case involves overreacting with the coercive measures of the state.[*14] Therefore, a question that might be of interest is whether it would be possible to resolve the matter of the liability of the director through civil law just as well.

In the next section of the paper, the author will explain whether, in a parallel to breach of a director's duties in a situation of insolvency[*15], it would be possible and practical to implement civil liability of primarily the director in the event of thin capitalisation if, from the standpoint of creditors, it were possible to file a tortious claim directly against the director. This would enable enforcement of creditors' claims toward the director to a much larger extent, which, in turn, would impel the director to apply measures earlier in order to avoid using up the available loan capital.

3. The possibility of a director's civil liability in the event of failure to call a general meeting in a case of thin capitalisation

According to §49 (3) of the German GmbH Act, the director is obliged to call a general meeting of the company if it has become evident that half of the fixed capital of the company is lost—that is, if the net assets of the company do not cover at least half of the statutory share capital.[*16] The purpose of the provision mentioned is to protect the investments of the company and its shareholders while also allowing decision-making about the company's future and, through that, indirectly protecting the interests of creditors, since effective crisis management would surely be in their interest.[*17]

According to German authors, the direct protective purpose of §49 (3) of the GmbH Act is the protection of shareholders. The intent of the regulation is to make the shareholders aware of the crisis situation of the company and enable them to adopt timely countermeasures, which would also assist in the satisfying of creditors' claims.[*18] However, the interests of creditors can only be taken into consideration indirectly,

13 In Germany, according to §84 of the GmbH Act, a director may be punished with a pecuniary penalty or up to three years' imprisonment for not notifying shareholders of a decrease in capital. The English CA 2006, in its Subsection 656 (5), limits the punishment to a fine. The relevant portion of CA 2006 is available at http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/656 (most recently accessed on 6.1.2014).

14 For example, the Estonian legislator intends to repeal §380 of the Estonian Penal Code, which specifies criminal sanctions for the breach of the director's duties in the case of thin capitalisation. See the draft for amendments to the Estonian Penal Code and related legal acts as available at http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems&eid=78433b29-8b2f-4281-a582-0efb9631e2ad (most recently accessed on 6.1.2014) (in Estonian).

15 If a director fails to submit a bankruptcy petition in a situation of insolvency, that director may be held personally liable in all countries considered in this article (in Germany, this is addressed in §15a of the Insolvency Act (in German, known as the *Insolvenzordnung*, or the InsO) and in §823 (2) of the Civil Code (in German, the *Bürgerliches Gesetzbuch*, or the BGB); in Spain, it is set forth in Articles 5 and 172 *bis* (1) of the Insolvency Act (in Spanish, the *Ley Concursal*); and it is covered in Estonia by §180 (5^1) of the Commercial Code and §1045 (1) (7) of the Law of Obligations Act, or LOA (in Estonian, the *Võlaõigusseadus*)). The same applies if the director continues the economic activities of a company with hopeless prospects for the future in England (under the Insolvency Act 1986, Section 214).

16 R. Jula. *Der GmbH-Geschäftsführer*. ['Director of a GmbH Company'], 4th ed. Springer 2012, p. 152 (in German).

17 M. Lutter *et al. GmbH-Gesetz, Kommentar*, 18th ed. Verlag Otto Schmidt 2012, pp. 1318, 1319 – DOI: http://dx.doi.org/10.9785/ovs.9783504380236; K. Schmidt, W. Uhlenbruck. *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*. ['GmbH Company in Crisis, Safeguard and Bankruptcy'], 3rd ed. Verlag Dr Otto Schmidt 2003, p. 21.

18 M. Lutter *et al.* (see Note 18), p. 1321 – DOI: http://dx.doi.org/10.9785/ovs.9783504380236; G. Crezelius *et al. Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*. ['Scholz Commentary of the GmbH Act'], 9th ed, Vol. 2. Verlag Dr Otto Schmidt 2002, p. 2586; L. Michalski *et al. Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, Vol. 2. C.H. Beck 2002, pp. 1025–1026 (in German).

through it being rendered less probable that the company will 'go bust'. Breach of the director's duty to call a general meeting of the shareholders is punishable pursuant to criminal procedure by up to three years of imprisonment[*19], but it is not possible for creditors to file a tortious claim against the director if the director fails to call a meeting.

As has already been mentioned, the English 'Ltd' has no minimum capital requirements, which is why thin capitalisation of a limited company in this context cannot formally take place.[*20] Regarding the English 'Plc', Section 656 of the CA 2006 stipulates the director's obligation to call a general meeting, similarly to what is done in German law. Indeed, one could discuss in English law as well whether the protective purpose, here of Section 656 of the CA 2006, might be the protection of creditors. Although not an absolute rule, it proceeds from the assumption in England that if the obligation stipulated in a provision of the law is already sanctioned with a public-law punishment, then the will of the legislator has been expressed and additional tortious liability for breach of statutory duty is not possible.[*21] According to the CA 2006, in Subsection 656 (5), a person who is guilty of an offence under this section of law is liable for a fine.[*22] Pursuant to CA 2006, Section 656, the creditors may not file a tortious claim against the director on the basis of either law or judicial practice.[*23] Therefore, it is possible to say that civil liability of a director to creditors that results from thin capitalisation of a company is not implemented in English law either.

Under Estonian law, the director is obliged to call a general meeting of the company, in a parallel to English and German law, when that company experiences thin capitalisation. No direct civil sanctions arise from the law in the event that the above-mentioned duty is violated. As in German law, it would be reasonable to ask in the context of this article whether the provision that stipulates the duty to call a general meeting in cases of thin capitalisation of a company could be handled as a protective provision the violation of which could result in tortious liability of a director to creditors.

At first glance, it may be tempting to compare the duty in question with the obligation to file a bankruptcy petition; the provisions stipulating the latter obligation have been considered by courts to be indisputably protective provisions that protect the creditors.[*24] At the same time, however, the situations of thin capitalisation and permanent insolvency are still different and looking at them as equal would not be correct. Although thin capitalisation of a company may be a sign of threat with respect to the company's solvency, it does not always mean that the company is going to become insolvent. Fulfilment of the director's duty to call a general meeting does not automatically protect the creditors. Calling of a general meeting only serves as a prerequisite to shareholders taking decisions that may indirectly protect the interests of the creditors too. In a contrast to the Spanish law as analysed below, in Estonia the director has no additional duty (that would protect the creditors) if the shareholders fail to act. For example, if the director calls a general meeting as is required yet the shareholders refuse to take any kind of decision, the director has, fundamentally, fulfilled his duty and may continue the economic activities of the company at least until the company becomes permanently insolvent. This is what distinguishes the situation significantly from that of the duty to file a bankruptcy petition—when a bankruptcy petition is filed as required, further decrease of assets will be suspended in the interests of the creditors; however, calling a general meeting in a case of thin capitalisation may influence the interests of creditors only indirectly through shareholders' declaration of intent.

---

19 M. Lutter *et al.* (see Note 18), p. 242 – DOI: http://dx.doi.org/10.9785/ovs.9783504380236.

20 Of course, substantive thin capitalisation may occur for an 'Ltd' as well; however, because of the lack of formal minimum requirements, one can talk about the liability of a director in this case only when thin capitalisation has turned into permanent insolvency.

21 W.V.H. Rogers. *Winfield & Jolowicz on Tort*, 17th ed. Sweet & Maxwell 2006, p. 344; M. Lunney, K. Oliphant. *Tort Law*, 2nd ed. Oxford University Press 2003, pp. 563, 581; R.F.V. Heuston, R.A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. Sweet & Maxwell 1996, p. 247 *ff*.

22 D.A. Bennett *et al. Palmer's Company Law: Annotated Guide to the Companies Act 2006*, 2nd ed. Thomson Reuters 2009, p. 597.

23 F. Steffek. *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft*. ['Protection of the Creditors of a Company'], Mohr Siebeck 2011, pp. 295–296 (in German).

24 The first time the Supreme Court of Estonia recognised the protective nature of the duty to file a bankruptcy petition was in its decision CCSCd 6.5.2003, 3-2-1-45-03, in which the court noted that a director may be held liable to the creditors in exceptional cases, with one of those exceptions perhaps being cases of breach of the duty to file a bankruptcy petition as stipulated in Article 185(5[1]) of the Commercial Code; in that case, the director may also be held personally liable to the creditors.

Estonian judicial practice with respect to this issue has been changeable and uncertain. For example, Harju County Court has declared the provision that stipulates the duty to call a general meeting in the event of thin capitalisation of a company a protective provision by noting that 'the purpose of keeping an eye on the net assets is, among other things, to protect the creditors of the private limited company in a situation wherein the activities of the debtor company are continued on the basis of loan capital (basically, at the expense of creditors), which may, in turn, decrease the prospects of creditors to have their claims satisfied'.*[25]

However, in a later decision, Tallinn Circuit Court was not so sure when regarding the matter and, instead, sent the dispute back to the county court for a new hearing, instructing the lower court that, for a creditor's claim to be satisfied on the basis of §171 of the Estonian Commercial Code, it would be necessary to establish first whether protection of the company's creditor from damage is the purpose of this provision at all.*[26]

This author thinks that whether a provision is considered to be a protective one should be clear and foreseeable. Vagueness and incomprehensibility of protection-aimed provisions creates insecurities for directors and damages the spirit of entrepreneurship; at the same time, the preventive function of a protective provision is lost just as much if the consequences of its violation cannot be understood unambiguously.*[27]

Therefore, the author finds that the provision that imposes a duty on the directors to call a general meeting has not been prescribed for the protection of creditors and, therefore, the creditors cannot have a direct tortious claim against directors when said duty is violated. It is possible to conclude from the latter reasoning that failure to call a general meeting in a case of thin capitalisation of a company does not in itself constitute grounds for the creditors to file a tortious claim against the relevant director.

4. What prerequisites there might be for personal liability of a director to creditors in cases of thin capitalisation

Unlike German, English, and Estonian law, Spanish law has stipulated exceptionally strict duties for the director in the event that cause for the termination of a company emerges in a pre-insolvency situation. The purpose of these duties is to avoid deepening of the economic problems of a company that is still solvent but that one can presume is going to become bankrupt soon and, through this, help to protect the company's creditors. Justification for the strictness of the relevant regulation has been offered in the fact that if the company is terminated in due course, then it should be reasonably possible to guarantee full satisfaction of the claims of all creditors during liquidation; new creditors will not enter contractual relationships with the company that has terminated its activities; and it will be beneficial for the business environment as a whole if unsustainable companies are removed from circulation in a timely manner.*[28]

Special regulation has been stipulated in Article 367 of the Spanish Companies Act for the protection of creditors with whom a director enters into a debt relationship after the arising of cause for termination. Among others, one of the causes for termination may be thin capitalisation of a company. The primary obligation of a director in this context is to recognise the presence of cause for termination in a timely fashion.*[29] After that point, the director is obliged to call a general meeting within two months' time, so that the general meeting can decide upon application of measures for purposes of eliminating the causes

[25] Judgement of the Harju County Court of 30.10.2008, 2-07-46119. A similar position has been expressed by the Tartu County Court, in a judgement of 23.10.2007, 2-07-13801.

[26] Judgement of the Tallinn Circuit Court of 21.12.2010, 2-09-44968. It may be correct to assume that the dispute referred to this court was settled in a compromise since the proceedings have been terminated; no final decision on the substance of the case has been made.

[27] See also: F. Steffek (Note 24), p. 548.

[28] J. Valenzuela Garach. *La responsabilidad de los administradores en disolución y en el concurso de las sociedades capitalistas.* ['The liability of a director in the cource of dissolution and bankruptcy of a company'], Marcial Pons 2007, p. 31 *ff.* (in Spanish).

[29] G. Guerra Martín *et al. La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, ['Liability of a director of a company'], 1st ed. Wolters Kluwer España 2011, p. 229 (in Spanish).

for eventual termination or initiating bankruptcy proceeding when the company's ultimate insolvency has become evident or it has been decided to terminate the company's activities altogether.

From that moment in proceedings, there is a considerable difference between Spain and the other countries analysed in the article. If the general meeting refuses to take appropriate decisions or the meeting does not take place at all, the director in the Spanish system is still obliged to file an application for dissolution of the company (or a bankruptcy petition, if needed) before the statutory deadline. Even if the general meeting takes a decision not to terminate the activities of the company when causes for termination objectively have arisen and does not eliminate those causes either, the director still remains under the obligation to fulfil his abovementioned duty.[*30] As can be seen from the foregoing discussion, the director of a company that experiences thin capitalisation does not have a corresponding duty under German, English, or Estonian law unless the company has already become permanently insolvent.

When the previously mentioned duties are violated (i.e., delaying the calling of a general meeting or failing to call a general meeting or to file a bankruptcy petition or application for dissolution of the company), then in Spain the directors are held solidarily liable together with the company[*31] for all obligations arising after the coming into being of causes for termination.[*32]

In cases wherein the previously mentioned basis for termination exists, the burden of proof lies with the creditor who files a claim against the director. When thin capitalisation forms the basis for termination, evidence does not cause many problems, since thin capitalisation should be identifiable from accounting records (provided that no accounting requirements have been violated, which violation could constitute a separate basis for a claim against the director). When assessing the starting point of the director's liability, one should proceed from the assumption that it is the moment when it had to be evident to the director that the company's capital no longer was meeting the requirements of the law, not the time at which the corresponding financial statement was prepared.[*33]

The extent of a director's liability based on Article 367 of the Spanish Companies Act depends on the nature of this liability. If one takes the stance that it is a tortious liability, the management board can only be held liable for damage caused to a specific creditor and that has a causal link with failure to file an application for termination of the company. However, in Spanish legal theory and practice, it has been found primarily that it involves a so-called civil sanction ('sanción civil' in Spanish) for failing to fulfil the duty stipulated by law.[*34] The Spanish Supreme Court has repeatedly stated that the liability of a director is objective and that for it to come about, it is necessary only to ascertain that the director failed to act when grounds for termination appeared. It is not even required to prove the existence of a causal link between the behaviour of the management board and the damage that is subject to compensation; even determining the extent of the damage is irrelevant, as the director's breach creates formal solidary liability for the company's debts.[*35] This entails exceptionally far-reaching liability of the director for all claims of the company's creditors that emerge after cause for termination becomes evident. The law does not set limits as to the legal origin of creditors' claims either; accordingly, the director must, for example, be held solidarily liable for the company's obligations arising from labour law and tortious relationships equally.[*36]

The discussion above leads to a question as to the purposefulness of the regulation stipulated in Article 367 of the Spanish Companies Act. Failure to fulfil the obligations described above can surely cause the economic state of a company to deteriorate and indirectly harm the interests of creditors; however, the

30 *Ibid*., p. 238.

31 There is an 'imperfect' solidary obligation where in an internal relationship the director has the right to demand restitution from the company for the whole amount he has paid; however, if the company covers the debt of a third party, the company will not have the right of recourse to the director.

32 For more information on the liability of the director for violation of Article 367 of the Spanish Companies Act, see A. Moya Jiménez. *Disolución, liquidación y transformación de sociedades de capital*, ['Dissolution, winding up and reorganisation of a company'], 2nd ed. Bosch 2011, p. 109 *ff*.; À. Rojo, E. Beltrán. *Comentario de la ley de sociedades de capital*, ['Commentary of the Companies Act'], Vol. 2. Thomson Reuters 2011, p. 2572 *ff*. (in Spanish).

33 M. Viñuelas Sanz. *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*. ['Liability for the obligations of a company and for wrongful tradin], Tirant lo Blanch 2011, p. 35 (in Spanish).

34 A. Rojo, E. Beltrán (see Note 33), p. 2575 *ff*.

35 For example, STS 3900/2010, 30.6.2010. Decisions of the Spanish Supreme Court can be found via the Web page http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp (in Spanish).

36 G. Guerra Martín *et al.* (see Note 30), p. 267.

regulation at issue holds the director even more extensively liable for failure to act in the event of thin capitalisation of a company than for not filing a bankruptcy petition for an insolvent company.[*37]

Although Spanish law establishes civil liability of the director for breaching his duties in a case of thin capitalisation of a company, the Spanish regulation is exceptionally strict and is probably not the best model. Therefore, what might be reasonable limits of directors' liability in the case of thin capitalisation of a company shall be analysed next.

5. Options for regulating the liability of a director *de lege ferenda* in a case of thin capitalisation

It has become clear from the above analysis that differences exist in the regulations valid in the European judicial area with respect to the liability of a director in the case of thin capitalisation of a company. These differences themselves may add to any grounds for 'forum shopping'.

Under German, English, and Estonian law, the director has no personal civil liability to creditors when violating the duty to call a general meeting in the event of thin capitalisation of the relevant company. Simply the existence of the duty to call a general meeting is not enough for application of personal liability of a director; an additional duty related to termination of the company and its economic activities should be stipulated for helping avoid a further decrease in the net assets of the company, as is done in Spain.

Should the general meeting not take action or should it be that it is not possible to execute the decision of the general meeting on continuing the economic activities of the company, an additional duty to liquidate the company could be imposed on the director, as again has been done in Spain. A frequent reason for asset-less bankruptcy is the fact that liquidation of the company does not commence in a timely fashion; instead, economic activities are continued until all assets of the company are depleted. Suspension of activities and starting of liquidation proceedings for a company experiencing solvency problems at an earlier stage is in the best interests of the creditors. According to the law currently in force in Germany, England, and Estonia, the director has fulfilled his duties in the manner required once having called the general meeting after becoming aware of the thin capitalisation of the company. If the general meeting does not decide to obtain additional funds or commence liquidation proceedings, the activities of the company are more often than not continued until the company becomes permanently insolvent and, further, completely devoid of assets. This problem is especially apparent with one-person companies, in which notification of a general meeting has no real meaning (the director, who is also the sole shareholder, has fulfilled his duties in the case of thin capitalisation of the company simply by informing him- or herself).

If, in a parallel to Spanish law, the director were to have a statutory obligation to terminate the company experiencing thin capitalisation, this obligation could also be sanctioned under civil law. Whether the civil liability for violating the above-mentioned obligation should be as strict as in Spain is another matter. Punitive liability of a director to creditors (as seen in Spain) should make it easy to file claims against the director; however, it may at the same time bring the threat of a floodgate effect,[*38] which will encroach on the breadth of the director's entrepreneurship and could, all in all, cause more harm to the business environment as a whole through a decrease in economic activity than there would be benefit arising from better protection of creditors' interests.

The author finds that when a basis for termination of a company arises, liability based on causal connection (i.e., not a sanctional liability) could be implemented for the director who fails to fulfil his duties similarly to liability of a director who violates his duties in the event of the company having become insolvent, with the exception that the point at which the director's liability begins would be earlier in the case of thin

37 In a contrast to when a director is held liable in a case of thin capitalisation of a company, it is not considered possible to hold the director liable on the basis of Article 172 *bis* (1) of the Spanish Insolvency Act if no causal link exists between the violation by the director and the extent of the claims not paid to the creditors. See: F.M. de la Bárcena. *La acción individual de responsabilidad frente los administradores de sociades de capital (art 135 LSA)*. Individual claim against a director of a company, Article 135 of the Companies Act'], Marcial Pons 2005, p. 375 *ff*. (in Spanish); see also: F.M. de la Bárcena, Reformas en materia de calificación concursal. – *Revista de derecho concursal y paraconcursal 2012*.

38 For discussion of how to keep liability law within reasonable limits, see J. Spier (ed.). *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*. Kluwer Law International 1996.

capitalisation of the company.*[39] If the director were to breach the duty to terminate the company, he would be held liable for damage caused to creditors in consequence of the decrease in net assets after the violation. If, however, the director were to continue the company's economic activities and enter into new debt relationships, with new creditors, he would be held liable for compensation for those new debt obligations as reliance damage instead, as those debt relationships and the accompanying reliance damage would not have arisen at all if the company had been terminated in due course. If the company manages to satisfy all of the creditors' claims regardless of the thin capitalisation or is able to reach a compromise with the creditors on reorganisation of the company, the director's liability would lapse because of absence of damage.

6. Conclusions

The legal systems of the countries analysed here differ in their solutions for duties of directors and the corresponding liability in the event of thin capitalisation of a company. In German, English, and Estonian law, the duty of a director is limited to simply calling a general meeting in the case of thin capitalisation. Creditors filing a direct tortious claim against the director in the situation in question is, in essence, precluded.

According to Spanish law, the director has an obligation to terminate the company in addition to the duty to call a general meeting in the case of its thin capitalisation. If the director violates that obligation, he is held very strictly personally liable to the creditors even if there is no causal link connecting the breach, the damage caused, and the extent of the damage.

On the basis of the comparative analysis of German, English, Estonian, and Spanish law, the author offers a hypothetical solution for the regulation of personal tortious liability of a director if the director remains inactive after thin capitalisation of the company. With the hypothetical solution, if the general meeting fails to adopt any decision or the decisions of the general meeting do not enable sustainable continuation of the company's activities, a duty to terminate the company experiencing thin capitalisation should be imposed on the director. If this termination obligation is violated, the director would then be held liable for compensation of quota damage and/or reliance damage caused to creditors in an analogue to a director's liability for harming the interests of creditors in the case of a company's insolvency; the two diverge in that the moment the director's liability begins would be sometime prior to insolvency in the case of violation of the obligation to terminate the company.

[39] In Germany, Spain, and Estonia, the director who fails to file a bankruptcy petition in a timely fashion shall be held liable for compensation of the creditors' quota damage (in German, *Quotenschaden*) to the extent to which the capital of the company has decreased in proportional terms, from the moment when the violation becomes evident. In English law, a director's liability for wrongful trading as stipulated in the Insolvency Act 1986 (in Article 214) enables reaching of a similar result. In addition, German law recognises the additional possibility of filing for reliance damages (in German, *Vertrauensschaden*) claim against the director if he conceals the company's insolvency from the creditor and concludes a new debt relationship that, in light of the company's insolvency, should not have been entered into. Application of a reliance damage claim filed by new creditors is a matter of debate in Estonia and in Spain; courts in England have denied the latter option. On personal liability of directors for damaging the interests of creditors in a situation of insolvency in the countries considered here, see D. Möritz. *Haftung des Managements und Drittschutz*. ['Liability of the Management and Protection of Creditors'], Nomos 2011 (in German); P. Loose *et al. The Company Director: Powers, Duties and Liabilities*, 11th ed. Jordans 2011; J.M. Rodríguez. Conductas de los administradores que generan responsabilidad concursal. ['Liability generating Behavior of a Director'] – Daniel Vítolo (ed.). *Derecho de sociedades y concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*. ['Company Law and Bankruptcy. Current Issues in a Crisis Environment'], Comares 2011 (in Spanish).

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.16

Goda Ambrasaitė

Dr., Associate Professor
Mykolas Romeris University, Vilnius
Judge, Vilnius Regional Court

Rimvydas Norkus

Dr., Professor
Mykolas Romeris University, Vilnius
Judge, Supreme Court of Lithuania

Legal Aspects of Insolvency of Natural Persons in the Baltic States

1. Introduction

After several years of intense discussions, the Law on Personal Bankruptcy of the Republic of Lithuania (LPB) came into force, on 1st March 2013. Lithuania was the last of the Baltic States to introduce a legal mechanism to deal with insolvency of a natural person to its legal system. In Estonia, provisions for proceedings for release of a debtor who is a natural persons from obligations took effect in 2004 (via Chapter 11 of the Bankruptcy Act), while in Latvia they were introduced in 2008 and substantially amended in 2010, with a view to facilitating and increasing the availability of bankruptcy proceedings.

The LPB is often criticised as being too laconic and leaving too many questions to be resolved by judicial practice, which has only begun its evolution. The purpose of this article, therefore, is to analyse the main features of the model for bankruptcy of a natural person as chosen by the Lithuanian legislator, in comparison with the legal regulation of the other states in its region—Latvia and Estonia—with particular emphasis on the principle of good faith and the need to balance the interests of the debtor and creditors. The authors attempt to assess whether initial judicial practice corresponds to the intents of the legislator and propose some solutions for more effective functioning of the legal institution of personal bankruptcy.

2. Objectives in the establishment of a legal basis for bankruptcy of a natural person, adoption of the Law on Personal Bankruptcy of the Republic of Lithuania, and first experiences in its application

The modern doctrine of a 'fresh start' reflects the difference between the previous paradigm, of punishment for an insolvent person, and the recent focus on economic activeness and efficiency[*1]. By legalising the bankruptcy of an individual, two, at first glance contradictory, aims are pursued: to protect the interest of creditors and to grant a fresh financial start to the debtor by releasing him from some debts. In the opinion

[1] P. Astromskis *et al*. Fizinio asmens bankroto problema: teisiniai aspektai ['The problem of bankruptcy of a natural person: Legal aspects']. – *Jurisprudencija* 121 (2010)/3, p. 214 (in Lithuanian).

of some legal scholars, legalisation of bankruptcy of a natural person can be seen as legalisation of limited liability, since the purposes of this legal construction are the same as the purposes of the limited liability of companies[*2]. This 'limited liability rule' is found to be very practicable both economically and socially as dividing the risks between the debtor and creditors and as granting the unfortunate debtor an opportunity to return to normal economic life. It is also connected with the need to equalise business conditions for a diverse range of businesses, since a situation wherein individuals involved in some forms of business activity are not granted the same tools as others to overcome financial difficulties may violate the constitutional principle of equality of persons[*3].

With regard to natural persons not involved in active economic activities (consumers), the main reasons for establishing a legal basis for bankruptcy are seen in the necessity of protecting human dignity, creating incentives to legalise future income, and avoiding imposing a burden caused by impoverishment on the state social system. Although opponents of the legalisation of bankruptcy of natural persons often stress the risk of a rise in negligent economic behaviour and other unwarranted risks, some surveys show that only 25–30% of cases of individuals' insolvency are caused by inadequate resource management or negligent behaviour, while the vast majority of them (as many as 70%) result from increased financial obligations or decreased income (loss of one's job, sickness, etc.)[*4]. Accordingly, the risk of negligent economic behaviour can be reduced through legal regulation enshrining the principles of fairness and prohibition of repeatability and should not serve as an insurmountable obstacle to creating a legal basis for personal bankruptcy proceedings.

When one considers the protection of creditors as one of the main aims of personal bankruptcy proceedings, the *pari passu* principle should be mentioned. The institution of personal bankruptcy is aimed at recovering debts from an insolvent individual in a civilised way by avoiding the principle of 'first come, first served'. It also helps to improve creditors' opportunities to recover debts by way of encouraging the debtor to legalise his future income.

Last but not least, since we are speaking about the necessity of establishing a legal basis for personal bankruptcy proceedings, the phenomenon of 'bankruptcy tourism'—'shopping' by debtors for favourable personal insolvency law—should be mentioned. As Lithuania was the only one of the Member States considered here where personal bankruptcy proceedings were not legalised, it was evident that introduction of such proceedings was necessary if Lithuania was to avoid citizens moving their centre of main interests (COMI) to other member states of the European Union in order to benefit from a legal regime more favourable to their proprietary interests.

The first draft law on personal bankruptcy in Lithuania was prepared already in October 2008 and was followed by intense discussion questioning both the necessity of legalisation of the bankruptcy of natural persons as such and its timeliness. After a time of unreasonably high prices for immovable property, before the economic crisis, along with high amounts of housing credit, legalisation of personal bankruptcy was, as could be expected, opposed mainly by commercial banks, who have levelled criticism especially at the provision whereby the law would be applied irrespectively of the time of the arising of debts—they argued that there was a violation of the *lex retro non agit* principle. It was asserted also that legalisation of personal bankruptcy would distort rational economic behaviour and lead to abuse, irresponsible borrowing, and an increase in the costs of obtaining credit. The draft law was not adopted by the legislator (the Seimas) at that time and was returned to the initiators for improvement[*5]. The final draft Law on Personal Bankruptcy was submitted to the Seimas in March 2011, was adopted on 10 May 2012, and came into force on the 1st of March 2013.

---

2 E. Gruodytė, J. Kiršienė. Application of 'Fresh start' doctrine for individual debtors in Lithuania: EU and US perspective. – *Inžinerinė Ekonomika—Engineering Economics* 21 (2010)/3.

3 Nacionalinė verslo administratorių asociacija (National Association of Business Administrators). Taikomasis mokslinis tyrimas „Optimalaus individualia veikla užsiimančių fizinių asmenų, ūkininkų, kitų fizinių asmenų nemokumo problemų sprendimo modelio nustatymas" ['Applied scientific research "Establishment of the optimal model for solving insolvency problems of individual merchants, farmers, and other natural persons"'], p. 3. Available at http://www.ukmin.lt/web/lt/verslo_aplinka/smulkaus-ir-vidutinio-verslo-politika/analizes_tyrimai_studijos_smulkus_verslas (31.3.2014) (in Lithuanian).

4 P. Astromskis *et al.* (see Note 1), p. 223.

5 Conclusions of the Committee of Economics of the Seimas on the Draft Law on Personal Bankruptcy, XIP-450. Available at http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=361268 (1.4.2014) (in Lithuanian).

Despite the criticism received, it was decided that the LPB should be applied to natural persons irrespective of the time of their liabilities arising. This decision was based on the idea that the new legal regulation does not worsen the legal position of creditors and that, on the contrary, a situation in which natural persons are unable to go bankrupt leads to inequality between individual creditors and, in addition, discourages the debtor from legalising his income, which circumstances result, in turn, reduces the real opportunities for creditors to satisfy their claims.[*6] It should be noted that such a solution was, in principle, found legitimate by the European Court of Human Rights (ECHR), who stated that in remedial social legislation and particularly in the field of debt adjustment, the opportunity must be open for the legislature to take measures affecting the further execution of previously concluded contracts in order to achieve the aim of the policy adopted[*7].

In the first 10 months of validity of the LPB, about 350 applications to initiate personal bankruptcy proceedings were submitted to the courts. As of the time of this writing, the vast majority of bankruptcy applications in Lithuania have been presented by consumers unable to repay housing or consumer credit. Debts resulting from guarantee agreements are also common grounds for application.[*8] Personal bankruptcy debt amounts to, on average, 570,000 LTL (equivalent to 165,000 EUR)[*9]. In mid-January 2014, personal bankruptcy proceedings had been started in cases of only 112 individuals and a payment plan approved for nine of them[*10]. About a third of the applications were rejected at the initial stage of proceedings on account of non-compliance with procedural requirements. Initiation of personal bankruptcy proceedings was refused in 20 further cases predominantly on account of violation of the principle of good faith and inability of the debtor to satisfy the claims of the creditors at least partially.

3. Models for a legal regime for bankruptcy of a natural person

There are two traditionally recognised models for bankruptcy of a natural person: the Anglo-American model, or 'fresh start', and the continental European model, referred to as the 'earned fresh start'. The former envisages automatic discharge of the debtor's obligations upon liquidation of the assets of the debtor and is traditionally described as more favourable for the debtor. The latter, in contrast, emphasises the need to maximise returns to creditors; therefore, bankruptcy and cancellation of debt is possible only in cases of honest debtors who have complied with the payment plan and at least partially repaid the debts. In the context of continental Europe, a further three main models can be distinguished. The first of these, common to the Nordic countries, puts the main emphasis on the good faith of the debtor. Meanwhile, the German-Austrian model emphasises the payment plan and its implementation. Finally, the French model underscores preventive measures and envisages quite harsh conditions for the release from debt[*11]. As will be evidenced further, the LPB is rightly said to be a reflection of the first two models (the Nordic and German)[*12], and this seems to be true also for the other two Baltic States. However, it is important to point out that Lithuanian law does not provide for a separate procedure of bankruptcy (i.e., sale of the debtor's property and distribution of the proceeds to his creditors) and restructuring of natural persons' obligations,

6 Explanatory memorandum on the Draft Law on Personal Bankruptcy. Available at http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=395281 (1.4.2014) (in Lithuanian).

7 Judgement of the European Court of Human Rights, case of Bäck v. Finland, 20 July 2004.

8 Į teismus plūstelėjo bankrutuoti siekiantys žmonės ['Courts are swamped by people who seek personal bankruptcy']. Available at http://www.delfi.lt/verslas/verslas/i-teismus-plustelejo-bankrutuoti-siekiantys-zmones.d?id=61997579 (31.3.2014) (in Lithuanian); Bankrutavo pirmasis fizinis asmuo Vilniaus mieste ['The first natural person went bankrupt in the city of Vilnius']. Available at http://www.alfa.lt/straipsnis/15147325/Bankrutavo.pirmasis.fizinis.asmuo.Vilniaus.mieste=2013-07-30_13-55/#.Ut436aD8KM8 (31.3.2014) (in Lithuanian).

9 Suskaičiavo, kokių skolų prispausti bankrutuoja gyventojai ['It was calculated what amounts of debt compel people to go bankrupt']. Available at http://www.delfi.lt/verslas/verslas/suskaiciavo-kokiu-skolu-prispausti-bankrutuoja-gyventojai.d?id=63795122 (22.3.2014) (in Lithuanian).

10 Data on personal bankruptcy proceedings, presented by the Department of Enterprise Bankruptcy Management under the Lithuanian Ministry of Economy. Available at http://www.bankrotodep.lt/Doc/FABIS_G.pdf (21.1.2014) (in Lithuanian).

11 P. Astromskis *et al.* (see Note 1), p. 224.

12 E. Tamošiūnienė *et al.* Bankruptcy of natural persons in Lithuania: Issues and solutions. – *European Scientific Journal* 9 (2013)/22 (August), p. 78.

as has been done in Estonia by introduction of the Debt Restructuring and Debt Protection Act. Personal bankruptcy proceedings in Lithuania are, in principle, debt restructuring proceedings closely resembling what is seen in restructuring of legal persons. The LPB puts the primary emphasis on restoration of the solvency of a natural person following the payment plan approved by the court. This payment plan functions by way of extending the term for fulfilment of obligations, the debtor performing the obligations in instalments, or reducing existing obligations through a total or partial liquidation of the debtor's assets.

In keeping with the chosen concept of personal bankruptcy as restructuring of debts, bankruptcy of a natural person in Lithuania is voluntary—creditors do not have the right to initiate bankruptcy proceedings for a natural person. In Latvia too, application to begin insolvency proceedings for a natural person may be submitted only by the debtor*[13]. These are not the same proceedings applicable for individual merchants (sole proprietors), who can be dealt with under the rules for insolvency of legal persons. In Estonia, bankruptcy proceedings can be initiated by either—the debtor or creditors—while a debt restructuring petition may be filed only by the debtor himself. These differences might be explained by the difference between debt restructuring and bankruptcy proceedings. With bankruptcy understood as sale of the debtor's assets and distribution of the proceeds among the creditors, the relevant interest of creditors in initiating proceedings of this type is evident. In contrast to the concept of bankruptcy, debt restructuring proceedings are applied mostly to serve the purpose of protecting the debtor from creditors' claims; hence, creditors normally have no personal interest in initiating restructuring proceedings. Since, at its core, the LPB deals with the restructuring of a natural person's debts (no matter the term 'bankruptcy' in its title), the voluntary nature of these proceedings appears to be the correct choice of path by the Lithuanian legislator.

4. Insolvency of the debtor

A necessary precondition for initiation of bankruptcy proceedings is insolvency of the debtor, which is defined in terms of criteria linked with overdue payments of debt, inability of the debtor to meet commitments, and the amount of the debt. According to Article 2 of the LPB, insolvency means inability of a natural person to perform his commitments when the past-due debts amount to at least 25 times the minimum monthly wage*[14], which amounts at present to 25,000 LTL (approx. 7,240 EUR). In the determination of insolvency, the creditors' claims that may not be written off are not taken into account. Those include claims for damages in relation to bodily injury or death, child-support payments, and claims arising from obligation to pay penalties to the state imposed for administrative or criminal offences. Quite similar conditions for the initiation of personal bankruptcy proceedings exist in Latvia, where insolvency proceedings for a natural person may begin if the person concerned does not have the possibility of settling debt obligations whose term of execution has run its course, where the debt obligations exceed 7,114 EUR in total. For the sake of comparison, it could be noted that the minimum monthly wage in Latvia in 2014 is 320 EUR; the financial threshold nearly matches that of Lithuania when considered in terms of the minimum monthly wages.

Imminent insolvency in Lithuania is not a basis for declaration of personal bankruptcy. This can be seen as a shortcoming of the national law, because a possibility of declaring personal bankruptcy if future insolvency is a matter of fact could prevent aggravating the financial situation of the debtor while at the same serving as protection of interests of both the debtor and the creditors. The possibility of initiation of personal bankruptcy proceedings in cases of reasonable expectation of future insolvency exists both in Estonia, where a court is entitled to declare someone bankrupt if insolvency is likely to occur and a bankruptcy petition is filed by the debtor*[15], and in Latvia, where insolvency proceedings for a natural person may be started if, in connection with provable circumstances, it will not be possible for that person to settle debt

[13] According to the Latvian Insolvency Law, the person referred to in Article 29(a) of Council Regulation 1346/2000 (the liquidator appointed in the main insolvency proceedings) is also entitled to submit an application for the opening of proceedings for insolvency of a natural person. Nevertheless, such an indication in national legislation can be regarded as superfluous since the right of the liquidator to initiate secondary insolvency proceedings stems from Regulation 1346/2000 itself and does not require any implementation measures in national law.

[14] The minimum monthly wage is approved by the Government of the Republic of Lithuania and at present amounts to 1,000 LTL per month

[15] Article 31 of the Bankruptcy Act of Estonia, paragraph 3.

obligations whose term of execution ends within the next year and the debt obligations exceed 14,228 EUR in total*[16]. Yet it seems that the judicial practice of Lithuanian courts has gone even further in limiting the concept of insolvency, by stating that bankruptcy cannot be declared even from a state of formal insolvency unless it is established that the solvency of the debtor cannot be restored within reasonable time without the debtor going bankrupt:

> The appellate court agrees with the conclusion of the court of first instance that, even if the overdue debts of the claimant exceed his or her property but the income of the debtor is sufficiently high, the meaning is that the debtor is able to repay debts [...]. A *bona fide* natural person is insolvent only when his or her financial situation is critical and he or she is absolutely unable to repay debts.*[17]

Another court echoed this in its practice:

> The applicant has a job, his monthly salary amounts to 1,600 LTL [and] he is of high non-university education. There is no evidence that in the last three years the applicant was aiming to reduce his obligations or extend the terms of payment by active means, such as via negotiations with creditors. [...]. In addition, the court takes into account the request of the debtor to establish the amount necessary to satisfy his needs of 1,300 LTL and explanation that he goes to work by taxi regardless of the fact that his workplace is just 4–5 kilometres away from his living place, along with the fact that the last credit was taken out to pay an attorney though the applicant could apply for the state's guaranteed legal aid [...]. The court decides that the applicant has a possibility of restoring his solvency without going bankrupt.*[18]

Without disputing the fact that the behaviour of the debtor is fundamental in the decision on whether to initiate bankruptcy proceedings or not, one could raise doubts as to whether the considerations mentioned should be related to the formal concept of insolvency instead of being dealt with under the principle of good faith. Recent judicial practice, which draws no clear boundary between those two concepts, may be found to exclude personal bankruptcy without partial discharge from obligations—for example, with mere extension of the time limits for settling creditors' claims. In application of the judicial explanations cited, if the debtor is unable to perform his obligations but will be able to repay the debts within a five-year term, he would be recognised by the courts as solvent, which is hardly in line with the relevant legal regulation, since Lithuanian law does not provide for different courses of procedure in cases of bankruptcy vs. restructuring of natural persons' debts; the emphasis is on the restoration of the natural person's solvency through application of the provisions of the LPB. It should be mentioned that the Supreme Court of Lithuania has not yet had an opportunity to give its interpretation of the relevant provisions.

5. The principle of good faith

According to Article 1 of the LPB, the purpose of said law is to create conditions for restoration of the solvency of a natural person acting in good faith. Good faith of the debtor, as a core value and principle for personal bankruptcy proceedings in all of the Baltic States, is probably most clearly defined by Article 6 of the Latvian Insolvency Law, which states that 'a debtor may not use the proceedings in order to make a living unfairly', and, referring to the wording of one of the recent court rulings in Lithuania, that 'living not in accordance with one's income is not a proper basis for bankruptcy proceedings'.*[19] Within the framework of personal bankruptcy proceedings, good faith of the debtor should be explained as a situation wherein the insolvency has not been caused by malicious or grossly negligent actions on the part of the debtor. Following the provisions of the LPB, as well as the relevant provisions of the corresponding Estonian and Latvian legal acts, one could distinguish between two distinct aspects of the principle of good faith: acting in good faith before the filing of the bankruptcy petition (this aspect has to do primarily with the reasons for insolvency, such as the person not having become insolvent on account of dishonest transactions or addictions) and acting in good faith during the bankruptcy proceedings (this entails honesty in fulfilling

16 Article 129 of the Insolvency Law of Latvia, paragraph 1, item 2.

17 Ruling of Vilnius Regional Court on case 2S-1628-345/2013.

18 Ruling of Marijampolė District Court on case 2FB-3828-896/2013.

19 Ruling of Vilnius Region District Court on case 2FB-3418-723/2013.

the relevant obligations arising from the personal bankruptcy laws after commencement of the bankruptcy proceedings). A bad-faith debtor cannot seek 'writing off' of his debts with respect to creditors who acted in good faith, as that would mean a violation of the principle of justice, unjustified interference with the proprietary interests of creditors, and distortion of the balance of the various interests in favour of the party in bad faith.[*20]

Although some aspects of the principle of good faith are clearly defined by the law, it still leaves quite wide margins for judicial interpretation. The first question, which can arise immediately, is this: what kind of actions by the debtor causing insolvency should be assessed by the court as fraudulent or dishonest? Is there a margin for the court to qualify a certain behaviour of the debtor as 'dishonest' even if certain aspects of his behaviour are not expressly mentioned in the law (e.g., insufficient activeness in seeking employment or living in a manner not in accordance with his income)? Secondly, who bears the burden of proof? Is it an obligation of the debtor to prove that he was acting in good faith or, in line with the general rule in civil law, should good faith of the debtor be presumed? The question could also be raised of whether bad faith can be established only upon application of creditors or it is also for the court, acting for the protection of the public interest, to examine *ex officio* circumstances of the debtor's behaviour. Last but not least, is the condition of good faith of a procedural nature—i.e., can it serve as a basis on which the court can accept a bankruptcy petition or refuse acceptance thereof?—or is this condition of a substantive nature, one whose existence could be proved only after hearing of the case on its merits?

The answer to the last question could be found by following a systematic analysis of the LPB. Since the LPB directly lists bad faith of the debtor as one of the conditions for which the court should refuse the initiation of bankruptcy proceedings, it can be established only after hearing of the question on the merits, not in the initial stage of civil proceedings, and it may not serve as a basis for refusal to accept a bankruptcy petition. This is rightly noted by Lithuanian courts when hearing appeals on rulings of refusal to accept a petition for bankruptcy.[*21]

When analysing the judicial practice of Lithuanian courts, one could note that the courts explain good faith of the debtor as being in line with a general obligation to act reasonably, with proper care and respect for existing obligations, and that they qualify certain behaviour of the debtor as dishonest even if such behaviour is not expressly mentioned in the LPB:

> When taking out consumer credits, a person must evaluate his or her abilities to repay them. In this particular case, when one takes into account the income of the applicant and the amounts of credit taken out, it is evident that the applicant himself has caused his insolvency [...]. There is no evidence that taking out new consumer credit was necessary or unavoidable. The actions of the claimant—aggravation of his financial situation by taking out new credit and failure to repay existing debts—constitute a sufficient basis for deciding that the applicant was dishonest.[*22]

Another illustrative example from case law is this:

> The applicant, although unemployed at the moment, failed to comply even while still being employed with the requirements of the bailiff and had not presented any efforts to liquidate existing debts; on the contrary, the applicant had created additional obligations, such as that to pay fines for the refusal to comply with the requirements of the bailiff.[*23]

Concealing essential information from creditors, using credit for a purpose other than that for which it was granted,[*24] buying expensive gifts for family members on lease without taking into account one's income and ability to fulfil obligations,[*25] granting an interest-free loan to one's company while at the same time failing to repay credit,[*26] and failing to seek employment[*27] are other examples of actions by a debtor

20 E. Tamošiūnienė *et al*. (see Note 12), p. 78.

21 Ruling of Vilnius Regional Court on case 2S-312-823/2014.

22 Ruling of Panevėžys District Court on case 2FB-6489-589/2013.

23 Ruling of Akmenė District Court on case 2-1160-672/2013.

24 Ruling of Kaunas District Court on case 2FB-11654-615/2013, Ruling of Vilnius Region District Court on case 2FB-3418-723/2013 (see Note 19).

25 Ruling of Trakai District Court on case 2FB-1857-239/2013.

26 Ruling of Vilnius Regional Court on case 2S-1628-345/2013.

27 Ruling of Vilnius District Court on case 2FB-41755-727/2013.

that have been qualified by the courts as dishonest. It is also important to note that the court must in all cases establish the causal link between the circumstances proving a person's unfair actions/omissions and his insolvency[*28]. Actions of the debtor, even those termed unfair in the LPB, should not preclude the commencement of personal bankruptcy proceedings insofar as they have not caused insolvency of the debtor.

In the opinion of some legal scholars, considering good faith to be a substantive condition for initiation of bankruptcy proceedings, the burden of proof lies with the debtor, who has to substantiate his good faith throughout the proceedings. Supporters of the latter opinion argue that this conclusion follows from the fact that a natural person who seeks bankruptcy and debt relief seeks personal benefit and, therefore, must bear the burden of proof[*29]. Judicial practice of Lithuanian courts confirms the above-mentioned conclusion by placing the burden of proof with the debtor.[*30] The authors of this paper find that position disputable. The general procedural obligation of the claimant to prove his claim is modified by legal presumptions that are established by the legislator in line with the general rules of evidence—in particular, the rule stating that the burden of proof lies with the party who asserts, not with the party who denies (because it might be objectively impossible to prove that something is non-existent). When established by the law, a legal presumption of dishonesty is normally based on certain clearly defined conditions, in the presence of which the obligation, to prove honesty, is transferred to the debtor. The provisions of the LPB do not stipulate a presumption of dishonesty of the debtor, and the above-mentioned explanation of placing the burden of proof on the debtor does not clearly disclose the reason for which the general civil-law presumption of honesty should be disregarded in personal bankruptcy proceedings. It would hardly be fair to assert that the mere fact of insolvency is sufficient for presumption of dishonesty of the debtor. When one takes into account the concept of good faith, as it is understood in the framework of personal bankruptcy proceedings, an obligation of the debtor to prove his honesty means, in fact, an obligation to prove that there were no malicious or grossly negligent actions on his part—i.e., to prove the negative. Therefore, in the opinion of the present authors, honesty of the debtor should be presumed and the burden of proof should rest with the person, a creditor, who states that the debtor was dishonest and that, on that basis, personal bankruptcy proceedings should not be initiated.

According to Article 5 of the LPB, personal bankruptcy proceedings are to be opened and heard in an adversarial procedure as prescribed by the Code of Civil Procedure. That means, *inter alia*, that the principle of parties' disposition is applicable in personal bankruptcy proceedings. Under the provisions of the Code of Civil Procedure, the right of a court to examine *ex officio* circumstances of a civil claim is an exception, one linked with the obligation of the court to protect public interests, and is to be exercised for that particular purpose only. In the established judicial practice in relation to bankruptcy of legal persons, the institution of bankruptcy proceedings is deemed to involve public interests, as it causes consequences *erga omnes* and influences interests of all creditors, who lose the right to satisfy their claims by means of individual execution.[*31] In this respect, there are no significant differences relative to personal bankruptcy proceedings. Recognition of a public interest in personal bankruptcy proceedings, in turn, leads to the conclusion that the court has a right to assess the debtor's behaviour in light of the principle of good faith *ex officio*. On the other hand, it is evident that the court will do that only in cases wherein *prima facie* evidence of dishonest actions by the debtor is present.

Assignment of the burden of proof is related to the problem of sufficiency of evidence for the court's declaration that a debtor was acting in bad faith. In recognition of the presumption of honesty, bad faith of the debtor should be actually proved in this case—the mere implication of dishonesty of a debtor does not constitute a sufficient basis for concluding that, for reasons of violation of the principle of good faith, personal bankruptcy proceedings may not be initiated. This can be illustrated by the example of one of the first cases of personal bankruptcy in Lithuania, filed by a well-known Lithuanian pop singer. The court of first instance in the case mentioned had refused to initiate personal bankruptcy proceedings, basing its judgement mainly on information provided by an Internet portal about the large wedding feast (with 200 guests) planned for the debtor and her subsequent holiday in Argentina. According to the court, 'publicly announced intention of the applicant to organise a wedding celebration for more than 100 people in the

28 E. Tamošiūnienė *et al.* (see Note 12), p. 79.

29 *Ibid.*

30 For example, the ruling of Panevėžys Regional Court on case 2S-911-212/2013 and of Trakai District Court on case 2FB-1857-239/2013.

31 Ruling of the Court of Appeals of Lithuania in case 2-652/2012.

near future does not show a poor financial situation; on the contrary, it raises reasonable doubts as to whether the applicant was honest when applying to the court'*[32]. This ruling was overturned on appeal, with a statement that a notification about the wedding of the debtor in the mass media is not by itself sufficient evidence supporting the conclusion that her financial situation had improved and that the court should take additional measures in order to ascertain the actual financial situation of the applicant*[33].

6. The payment plan and its implementation

The LPB draws no clear distinction between individual stages of the insolvency procedure—bankruptcy (sale of the debtor's property) and extinguishing obligations or proceedings for the release of the debtor from obligations—as is done by the relevant legal acts of Latvia and Estonia. Sale of the debtor's property and modification of creditors' claims are to be performed under the same payment plan. Failure to submit a payment plan for court approval within the specified time or court refusal to approve the plan constitutes a basis for discontinuation of personal bankruptcy proceedings.

Article 7 of the LPB lists issues that have to be addressed in a payment plan but leaves for the interested parties the determination of the exact content of the plan. One of the essential questions for creditors and the debtor is what concessions the creditors will have to make and how long it will take before the debtor is released from his obligations. The concessions can take any of various forms: rescheduling of payment of the debtor's obligations, total or partial write-off of creditors' claims, and other modification of payment obligations. The LPB does not expressly provide for immediate discharge for the debtor without any payment to the creditors, nor does it exclude this. Hence, a question could be raised as to whether release from debts in the context of personal bankruptcy proceedings in Lithuania is possible only after their partial repayment or, instead, unconditional release from obligations is possible too under certain circumstances.

When one analyses the existing judicial practice, it seems that the courts are granting priority to the interests of creditors by declaring the ability of the debtor to satisfy the claims of creditors at least partially to be a necessary condition for initiation of bankruptcy proceedings and thereby, in fact, excluding the possibility of writing off the debts of an impoverished debtor. Two examples follow:

> The claimant has not proved that, after an improvement of his health (the claimant having a disability rating of 75 per cent), he will be able to gain employment, receive income, and restore his solvency; on the contrary, it appears from the explanations of the claimant and the summary of costs presented that the claimant, receiving only disability pension of 840 LTL and having no property, has calculated that the amount necessary to satisfy his basic needs is 1,400 LTL and provided no additional sources of income [so] the court must take into account the LPB's purpose of restoring the solvency of the debtor by striking a fair balance between the interests of a debtor and those of his creditors.*[34]
>
> The purpose of personal bankruptcy proceedings under the LPB is not to annul or write off debts of a natural person but to restore the solvency of the debtor in order that he, following the payment plan, could satisfy the claims of the creditors [...]. The court has not established any circumstances proving that the claimant was acting in bad faith [and] one of the essential conditions for going bankrupt under the LPB is to receive income. The claimant receives no income; consequently, she will not be able to repay creditors. The court cannot open bankruptcy proceedings against a person who cannot repay creditors.*[35]

In the opinion of the authors, the judicial practice referred to above lacks justification and hardly conforms with the intentions of the legislator. As has been mentioned above, the provisions of the LPB do not explicitly exclude immediate discharge of the debtor's obligations without any payment to the creditor. They link the approval of a plan only to the need to strike a fair balance between the interests of a debtor and those of his creditors—in other words, to respect the principle of proportionality. Claims of creditors

32 Ruling of Palanga City District Court in case 2FB-614-83/2013.

33 Ruling of Klaipėda Regional Court in case 2S-1748-479/2013.

34 Ruling of Šiauliai District Court on case 2FB-5061-650/2013.

35 Ruling of Vilnius District Court on case 2FB-38999-833/2013.

constitute a 'possession' within the meaning of Article 1 of Protocol 1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and release from obligations is interference with the property rights of the creditors. However, the aims with personal bankruptcy proceedings, such as responding to the need to protect human dignity and avoiding impoverishment, can justify such interference to a certain extent. In the opinion of the ECHR, debt-adjustment legislation clearly serves legitimate social and economic policies and is not *ipso facto* an infringement of Article 1 of Protocol 1; rather, it must be assessed whether a measure taken in any particular situation respects the fair balance and whether it does not impose a disproportionate burden on the creditor. Although court-ordered irrevocable extinction of a debt, as opposed to the scheduling of payments of a debt over a longer span of time, could in some circumstances result in the placing of an excessive burden on a creditor, the 'market value' of the creditor's claim also should be taken into account.[*36] If a debtor is unable and will remain unable, at least partially, to repay his creditors for objectively valid reasons (e.g., disablement or reaching of retirement age), it would be unjustifiable to refuse to write off his debts on the basis of protection of rights of creditors, since the possibilities for recovery from such a debtor are in any case practically non-existent. At the same time, inability to repay creditors *per se* cannot serve as a basis for refusal to initiate personal bankruptcy proceedings. On the other hand, 'fair balance' entails the obligation of the debtor to satisfy creditors' claims to the greatest extent possible in consideration of the circumstances of the individual case. Therefore, unconditional release from obligations is possible only in exceptional circumstances.

In all of the Baltic States, the final word on the approval of a payment plan rests with the court[*37]. The right of the court to approve a plan even if that plan has been disapproved by the creditors ensures proper balance between the interests of a debtor and those of his creditors, who normally have no interest in debt restructuring. For example, it is noted that procedures for restructuring of legal persons in Lithuania are rarely successful, because it is very hard to gain the creditors' approval to a restructuring plan, which is compulsory in the case of restructuring of legal persons.[*38] Because judicial practice in approval of a payment plan is still very limited, it is difficult to assess whether creditors will be more benevolent in cases of personal bankruptcy or not. Thus far, in three out of the nine cases in which the payment plan has been approved by the court, the plan was approved by most or all of the creditors (in all cases, these were commercial banks). In the other cases, the payment plan was approved by the court after it came to the conclusion that the creditors had failed to present any valid reasons for disapproval of the plan[*39] or that the creditors and the debtor had, in fact, reached agreement on the main conditions of the bankruptcy proceedings—conditions related to satisfying creditors' claims, the duration for implementation of the plan, sale of property, administration costs, and the amounts necessary to satisfy the basic needs of the debtor during the procedure—and opposition to the plan was merely of a formal nature.[*40]

The period for the implementation of a payment plan in Lithuania cannot exceed five years. The LPB is silent on whether this term could be reduced and under what conditions. A different solution is applied in Latvia, where the time for implementation of the plan for extinguishing obligations of a natural person is determined with consideration for the estimated income during the procedure for extinguishing obligations and can last one year from the day of announcement of the procedure (if the debtor's income is sufficient to cover at least 50% of the total obligations remaining after the bankruptcy procedure is completed), two years (if the debtor's income is sufficient to cover less than this but at least 35% of the total obligations), or three years (if the debtor's income is sufficient to cover less than 35% but at least 20% of the obligations). If the debtor's income during the procedure for extinguishing obligations is not sufficient to cover at least 20% of the total obligations remaining after completion of the bankruptcy procedure, the length of the period depends on the debtor's total obligations. If the debtor's income changes during implementation of the plan for extinguishing obligations, he has a duty to prepare amendments to the plan by changing the deadline for the plan and the amount of the obligations to be covered within the scope thereof[*41]. Such legal regulation

36 Judgement of the European Court of Human Rights in the case *Bäck v. Finland* (see Note 7).

37 Articles 137, 139, 146, 156, and 157 of the Insolvency Law of Latvia; Article 24 of the Debt Restructuring and Debt Protection Act of Estonia; Article 8 of the LPB.

38 Bankrutavo pirmasis fizinis asmuo Vilniaus mieste (see Note 8).

39 Ruling of Kaunas District Court on case 2FB-9404-192/2013.

40 Ruling of Vilnius District Court on case 2FB-19457-790/2013; Ruling of Kaunas District Court on case 2FB-9404-833/2013; Ruling of Šiauliai District Court on case 2FB-85-291/2013.

41 Article 155 of the Insolvency Law of Latvia.

motivates the debtor to seek a better-paying job or attempt to increase his income in another way, because this affects the time span for the implementation of the payment plan. It is a positive development that the abstracted nature of the LPB with respect to the time for implementation of the payment plan seems to be successfully supplemented by judicial practice. Although the time for implementation of the payment plan approved by the court has been five years in most cases thus far, a tendency to link the span of implementation of the plan with the abilities of the debtor to repay his debts is emerging. For example, it was directly mentioned in one court case that the maximum term for implementation of the plan was chosen in account of the fact that a very limited percentage of debts was expected to be covered after the sale of property.[*42] In another case, the same conclusion was reached because the debtor had no property and her income was very low.[*43] On the other hand, in one of the cases heard, the term of implementation of the plan was only a few months, since the court came to the conclusion that, because the debtors were retired persons, their age and condition of health rendered it impossible to increase their income and repay creditors[*44].

7. Some conclusions

The model for personal bankruptcy chosen by the Lithuanian legislator is, as are the models of the other two Baltic States, a reflection of the Nordic and German models, which emphasise good faith of the debtor along with the payment plan and its implementation. However, unlike the Estonian model, it does not feature separate procedures for bankruptcy and, on the other hand, debt restructuring, and it places emphasis on the latter. This leads to questionable judicial practice, which declares that the ability of the debtor to satisfy the claims of creditors at least partially is a necessary precondition for initiation of personal bankruptcy proceedings. The statutory requirement of striking a fair balance between the interests of a debtor and those of his creditors does not exclude unconditional discharge of a debtor in exceptional circumstances wherein solvency of the debtor cannot be restored and there are objective grounds for this conclusion. On the other hand, as Lithuanian law does not provide for special debt restructuring procedure for a natural person, bankruptcy is possible also without only partial discharge from obligations; therefore, the courts should not link ability to repay creditors in the future to the formal status of insolvency of a debtor.

Exclusion of imminent insolvency as a basis for personal bankruptcy proceedings can be mentioned as a shortcoming of Lithuanian legal regulation in comparison to the legal regulation found in Latvia and Estonia.

Good faith of the debtor, as a precondition to personal bankruptcy proceedings, should be presumed, and the burden of proof should rest with the creditor who claims that the debtor was dishonest. In the case of *prima facie* evidence of dishonest actions on the part of the debtor, the court should *ex officio* request the debtor to present evidence of his honesty. Any bad faith of the debtor should be properly established, whilst a mere suggestion of dishonesty of a debtor is not a sufficient basis for concluding that personal bankruptcy proceedings may not be opened.

When deciding on the approval of a payment plan, the court, taking into account the circumstances of the individual case, should observe the principle of proportionality by ensuring that an excessive burden is not placed either on the debtor or on creditors. The amount of time for implementation of the payment plan should be linked with the value of the debtor's property and his estimated income.

42 Ruling of Klaipėda District Court on case 2FB-1357-838/2013.

43 Ruling of Klaipėda District Court on case 2FB-1247-838/2013.

44 Ruling of Kaunas District Court on case 2FB-9404-192/2013.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.17

Merike Varusk
Judge, Harju County Court

Company Board Members' Liability and Prerequisites for it in Bankruptcy Proceedings

1. Introduction

This article deals with the question of what kind of liability can be applied to a company board member in bankruptcy proceedings for infringement of his duties. In analysis of these duties and any infringements thereof, the board member's actions can be assessed for purposes of enabling determination, in the course of the bankruptcy proceedings, of whether the company's insolvency was caused by a grave error in management by the board member, a deed possessing constituent elements of an offence, or another factor. When management errors are present, there is reason to ask whether a board member's liability follows. If liability does follow, there will arise a need to ascertain what kind of liability can be applied. Prerequisite for the above-mentioned course of action will be analysis of the board member's duties. A separate object of scrutiny is whether there are duties that do not entail liability.

As a general rule, infringement of a board member's duties entails liability for indemnification, since between a company and its board member there is a mandate-like relationship due to which infringement entails contractual civil liability. While dealing with civil liability, the article does not refer to the creditor's right to assert a claim on the basis of the law of torts, since this piece takes as its starting point the company board member's liability that proceeds from the entrustment relationship between him and the company. In addition, one must scrutinise whether the infringement of the board member's duties would justify application of penal liability. Thirdly, one must examine in which cases imposing of prohibition on business through application of bankruptcy law would be justified.

2. Duties whose infringement entails liability

The legal relationship between a company and a board member may be regarded as an entrustment in the sense stipulated by §619 of the Law of Obligations Act[*1] (LOA). In determination of the nature of the relationship between a company and a board member thereof, provisions of the Commercial Code, Law of Obligations Act, General Part of the Civil Code Act, etc. must be taken into consideration, along with the company's charter, decisions of its governing bodies, and the contract concluded between the company and the board member. The main element of this relationship is the board member's duties. For consideration of these matters, the present paper categorises the relevant duties via hierarchical division into general and

[1] Law of Obligations Act. – RT I 2001, 81, 487; 29.11.2013, 4.

other duties, with the latter, in turn, being divided into 'main' and 'specific' obligations[*2]. Such categorisation is followed also by the legislation in vigour—for example, the classification of general obligations is derived from the provisions of the General Part of the Civil Code Act, Law of Obligations Act, and Commercial Code, and the main and specific duties are also regulated by various provisions of the Commercial Code (CC).

Since the board member has a legal relationship only with the company, he can infringe only his duties toward the latter. From the standpoint of bankruptcy proceedings, this article regards the board member's duties to the company and their infringement as infringement of the duties derived from the obligation (entrustment) between them since in the framework of such a relationship the provisions dealing with non-contractual illegal damage cannot be applied[*3].

In the case of a claim being asserted against a company board member in bankruptcy proceedings, the bankruptcy trustee must prove, among other things, that the board member has infringed his duties[*4]. Hence, to assert a claim against a board member, the bankruptcy trustee will have to ascertain the board member's duties under the law, the contract, etc., in order to be able to assess whether the damage or an illegal deed was caused by infringement of the board member's duties.

2.1. General obligations

A board member's general obligations are the duty of care and the duty of loyalty. According to §35 of the General Part of the Civil Code Act[*5] (GPCC), members of the company's governing body (board and council members) must fulfil the obligations derived from the law or the charter with the diligence that can normally be expected of a board member and must be loyal to the company. The board member is bound to act in accordance with the obligation to remain loyal to the company and to apply the necessary diligence in line with the nature of the mandate (see the LOA's §620 (1) and the CC's §187 (1); §315 (1); and §327 (1)). Along with the duty of loyalty, the duty of care is at the very top of the pyramid in the hierarchy of a board member's obligations, where it encompasses the most important and most general guidelines for behaviour that the board member must rely on in his actions[*6]. In view of the importance of the general obligations, the author will expand upon them more thoroughly in this article.

The duty of care is the responsibility or the legal obligation of a person or organization to avoid acts or omissions (which can be reasonably foreseen) to be likely to cause harm to others*7. In view of the duty of care, the leader must make use of his skills in such an assiduous and diligent manner as any reasonable person would apply in similar circumstances[*8]. The board being the only body to represent the company's interests, it is accorded ample scope for action for reaching of the goals established by the charter[*9].

In order to assess whether the board member has fulfilled his duties with due diligence, one must make the judgement on the basis of the field of activities of the company in question, its size, the board member's personal qualities, and the concrete nature of the tasks (mandate) to be fulfilled. In evaluation of the duty of care, an objective standard must be followed. That standard is derived from §620 (2) of the LOA, according to which the follower of the mandate is a professional. Hence, the author is of the opinion that if the board member's knowledge and experience are insufficient for fulfilment of his obligations or if he fails to perform his obligations for another reason, this constitutes a violation of his obligations.

---

2 P. Varul *et al. Äriühingu juhtorganid* [Company Management Bodies]. Äripäeva Kirjastus 2005, p. 53; T. Tiivel. Äriühingu juhtorgani liikme kohustused ja vastutus [Obligations and Liability of a Member of a Company Management Body]. MA thesis, Tartu University 2004, p. 13

3 CCSCd 3-2-1-18-08.

4 CCSCd 3-2-1-197-13.

5 General Part of the Civil Code Act. – RT I 2002, 35, 216; 6.12.2010, 12.

6 P. Varul *et al.* (see Note 2), p. 54.

7 See the lexicon of economic terms on the Internet at http://www.businessdictionary.com/ (most recently accessed on 18.07.2014).

8 J.N. Gordon, M.J. Roe. *Convergence and Persistence in Corporate Governance*. Cambridge University Press 2004, p. 338. – DOI: http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511665905.

9 B. Kropff, J. Semler. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* [Commentaries on Limited Liability Companies]. Munich: Verlag C.H. Beck / Verlag Franz Vahlen 2004, p. 448.

In following the duty of care, the board member must fulfil his duties in line with the *bona fide* principle set forth in §32 of the GPCC, taking into consideration first and foremost the interests of the company[*10].

The duty of loyalty brings in the question of trust, since the board member has ample rights of representation to act in the name of the company, to assume proprietary obligations, and to exercise his rights. The aim of the duty of loyalty is to avoid exploitation of other shareholders or partners by the shareholders or partners who lead the company or control it[*11]. The duty of loyalty encompasses the board member's duty to avoid the influence of his personal interests upon the consequences of his decisions and to avoid conflict of interests between himself and the company. Board members must not use their position to gain personal profit and benefit or other personal advantages; in dealings with the company and the owners, they must give precedence to the interests of these over their own[*12]. The duty of loyalty is expressed first and foremost by means of a non-competition obligation, confidentiality, obligation to avoid conflict of interests, and monetary financing prohibition.

Under the non-competition obligation, a board member must not, without the partners' or council's approval, be a self-employed entrepreneur in the field of activity of the relevant limited company, be a partner in a general partnership active in the same field as the limited company; or be a member having unlimited liability or board member of a trust, except when the companies belong to the same business group (see §185 (1); §312 (1); and §324 (1) of the CC[*13]). The monetary financing prohibition is an absolute prohibition, since the company must not give loans to its board members. The same is true of credit agreements and financially equivalent transactions. The aim of the above-mentioned is unambiguous exclusion of the realisation of loan-like withdrawals, of whatever sort, and to preclude tax evasion. The duty of confidentiality is related to the company board member's duty to keep the company's trade secrets (these consist of intellectual property such as know-how, information on the processes or systems involved, and other confidential information that gives its owner a competitive advantage and whose unauthorised disclosure would harm the owners' interests) and must encompass the possibility of hindering the disclosure of such information under their control[*14]. The content and volume of the trade secrets depends on each individual company, since such factors as the specifics of the field of activity of the company in question mean that the trade secrets may encompass very different kinds of information. The duty to avoid conflict of interests refers to the board member's duty to, while exercising his civil rights and performing his civil duties, follow the *bona fide* principle, which entails the board member's duty to avoid in his actions conflict between the interests of the limited company and his own[*15]. The subjecting of the board member's activities to surveillance by the company's council is seen as a suitable measure for avoiding conflict of interests since transactions that surpass the limits of everyday economic affairs must be authorised by the council.

The primacy of general obligations, especially that of the obligation to apply diligence, as a prerequisite for application of liability to a company board member, is emphasised also by the legislation currently in vigour, since filing a claim for compensation against a company board member is properly justified if the damage in question has been caused by infringement of the board member's duties and the board member will have the opportunity to be exempted from liability if able to prove having performed his duties with the diligence that can be expected from a decent entrepreneur (see the CC's §187 (2) and §315 (1)). The case law has assumed the same position[*16]. It follows from the foregoing that, in order to be exempted from liability, the company board member will have to prove that, while fulfilling the duty of care, he has acted in accordance with the needs of the specific company involved, followed the objective standards, and fulfilled his duties derived from the law and his contract with diligence and in good faith, whereas if there is suspicion that the board member has infringed the duty of loyalty, he will have to prove that he has not breached the trust accorded him.

10 P.L. Davies (ed.). *Gower's Principles of Modern Company Law*, sixth edition. London: Sweet & Maxwell 1997, p. 610; CCSCd 3-2-1-67-03, p. 23.

11 J.N. Gordon, M.J. Roe (see Note 8), p. 339.

12 T. Tiivel. Piiratud vastutusega äriühingu juhatuse liikme lojaalsuskohustus [The Duty of Loyalty of a Board Member of a Limited Liability Company]. – *Juridica* 2001/IV, pp. 225–233.

13 Commercial Code. – RT I 1995, 26, 355; 23.12.2013, 27.

14 CCSCd 3-2-1-108-08; dictionary of business terms at http://www.businessdictionary.com/.

15 CCSCd 3-2-1-67-03, p. 23.

16 CCSCd 3-2-1-197-13.

2.2. Main obligations

The main obligations are a set of other obligations that, in essence, go hand in hand with the leadership of a company and are not regulated in detail by the law. Main obligations are hierarchically subordinated to the general duty of care and loyalty. The main obligations of a company board member are planning, organising, management (leadership), and monitoring. The principles of division stated here were set forth in the 18th century[*17] and have been complemented more recently[*18].

Planning is a leadership function that is related to determining the goals for future achievements[*19]. Planning is the most important of the main obligations, since it is oriented toward planning of the enterprise's economic affairs in the future. This is formulated as a plan[*20]. If the company has a council, planning shall be their duty (see the CC's §316), drawing up of short-term plans may be among the duties of a board member. Organising is a direct continuation from planning: it is a leadership function that aids in structuring the company and co-ordinating the employees' behaviour in accordance with the goals set in the planning[*21]. Implementation of the company's plans is related to its everyday economic affairs and is the task of the company's board. Management (leadership) is 'people management', involving organising people and motivating them to work together in order to reach certain goals[*22]. The function of management comprises important processes such as communication with the vendors, production work, and provision of services, alongside guaranteeing solid financial management[*23]. The decisions on the management of the company are made by the council members, while a board member is in charge of the company's economic affairs to the extent that this is not within the competence of the council or general meeting. Monitoring (surveillance) is a systematic process that enables the leaders to regulate the organisational activities and bring them into accordance with the established plans, goals, and standards[*24], and its aim is to obtain feedback on the enterprise's industrial performance. The task of the board member is to monitor the company's activities, and the fulfilment of that duty is supervised by the council. A final matter to be considered here is representation. The company is represented by the board member, whose right of representation in relation to third parties is without condition, except if the company's board members share a common right of representation and a note to that effect has been made in the trade register.

Proper fulfilment of the main obligations is important since, for example, a business plan compiled in a superficial manner and failure to fulfil the duty to monitor may lead to failure to detect persistent losses that could lead to the company's insolvency.

2.3. Specific obligations

A company board member's specific obligations too are subordinated to the duties of care and loyalty. Specific obligations, together with the main obligations, belong to the other obligations; they are differentiated by the fact that the main obligations are of a more general nature while the specific obligations are narrower and concretely delineated.

The author of the present article is of the opinion that the most important of the specific obligations is the company board member's obligation to organise the accounting, since the correct performance of

17 H. Mintzberg. *The Nature of Managerial Work*. New York; Evanston, ; San Francisco; London: Harper & Row, Publishers 1973, p. 1.

18 R.L. Daft, D. Marcic. *Management: The New Workplace*, sixth edition. Cengage Learning 2009, p. 8; E. Werlauff. *EU-Company Law: Common Business Law of 28 States*, second edition. DJØF Publishing 2003, p. 394; R. Alas. *Juhtimise alused* [Basics of Managing]. Tallinn: Kirjastus Külim 2004, p. 11; P. Varul *et al.* (see Note 2), p. 82.

19 R.L. Daft, D. Marcic (see Note 18), p. 8.

20 R. Brody. *Effectively Managing Human Service Organisations*, third edition. USA: SAGE Publications 2004, p. 9; J.H. Donnelly, Jr *et al. Fundamentals of Management*. Homewood, Illinois; Boston: Irwin 1992, p. 142.

21 R.L. Daft. *New Era of Management*, second edition. Thomson South-Western 2008, p. 308.

22 Jones, M. Accounting for Non-Specialists – West Sussex: Cardiff Business School, John Wiley & Sons, Ltd 2002, p. 370; J.J. du Plessis *et al. Principles of Contemporary Corporate Governance*. New York: Cambridge University Press 2005, pp. 6–7. – DOI: http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511813481.

23 R.S. Kaplan, D.P. Norton. *Strategy Maps: Converting Intangible Assets into Tangible Outcomes*. Boston: Harvard Business School Press 2004, pp. 65–77; K. Bender, K. Ward. *Corporate Financial Strategy*, second edition. Great Britain: Martins The Printers 2003, pp. 41–42.

24 R.L. Daft (see Note 21), p. 454.

that duty is a prerequisite for performance of many other duties of a company board member, while also being a good way to get an overview of the company's economic situation. The aim of that duty is to fulfil the requirements of accountancy and disclosure[*25]. One of the tasks involved in the accountancy obligation is to create a system of early warning[*26]. The obligation to convene a meeting of partners or shareholders guarantees the informing of the owners. Commercial law lays down the foundations for convening a meeting, of which the most important must be deemed to be the duty, proceeding from §§ 176 and 301 of the Commercial Code, to convene a meeting of partners/shareholders in the event of the company's assets falling below the limit stipulated by the law. If the company has become permanently insolvent, the board member is bound to file a bankruptcy petition. The aim of filing a bankruptcy petition is to inform the legal public in order to warn them of an insolvent limited company[*27]. The bankruptcy filing must be presented to the court immediately and not later than 20 days after the emergence of insolvency. There is also an obligation of accountancy to a higher governing body. Board members are bound to inform the company partners or shareholders about the company's activities and to grant them and the council access to the company's documents. In addition, there are obligations derived from the charter or work contract. In establishment of the relationship between the board member and the company, the provisions of the law must be followed, as must the company's charter, the provisions of the work contract concluded between the company and the board member, and concretisation of the board member's duties via decisions made by the council or the board. The list of specific duties provided here is not exhaustive.

3. Liability of a company board member in bankruptcy proceedings

3.1. Specifics of liability in bankruptcy proceedings

A board member of a legal person is liable for infringement of his duties regardless of whether that legal person is declared bankrupt. The present article deals with the situation wherein the legal person has been declared bankrupt and the main question is that of what the board member is liable for. The foundations for the board member's liability are essentially the same as in the situation in which the legal person has not been declared bankrupt. However, there are certain distinctions. In bankruptcy proceedings, when civil legal responsibility is applied, whether a grave management error has been made is of importance since that serves as a basis for determination of whether or not the bankruptcy trustee will be bound to file a claim for compensation against a board member. The bankruptcy-related offences listed in the Penal Code presume that a legal person has become bankrupt (these being causing insolvency, infringement of the duty to file for bankruptcy. Application of prohibition on business presumes that a legal person is declared bankrupt.

3.2. Civil liability

In bankruptcy proceedings, a specific element involved with respect to applying civil responsibility lies in the need to, in addition to following the ordinary way of filing a claim against a board member, establish the presence of a grave management error. If a board member has committed a grave management error, the bankruptcy trustee is bound to seising of a court against a board member who has infringed his obligations (BA, §55 (3)[3]). Application of liability in cases of a slighter management error is not excluded either.

In filing of a claim against a company board member, the following presumptions must be relied on: that the board member has violated his duties (see the CC's §187 (1) or §315 (2), or the GPCC's §35), material loss to the company has emerged or is about to emerge (under the LOA's §127 (1) and §128), there is a causal relationship between an infringement and damage (see the LOA, §127 (4)), and the board member is liable for infringement of his duties—he has not followed the standards of diligence of a decent entrepreneur (see the second sentence of the CC's §187 (2) and also §315 (2)). The burden of proof is divided in such a

25 J.N. Gordon, M.J. Roe (see Note 8), p. 333.

26 B. Kropff, J. Semler (see Note 9), p. 447.

27 *Ibid*., p. 482.

way that, when asserting his claim, the bankruptcy trustee will have to prove that the board member has infringed his duties and that precisely these infringements have caused the damage to the company to occur. After that, the board member, in his turn, will have the opportunity to prove that he has been acting with the diligence expected from a decent entrepreneur*[28].

In addition to the general presumptions for filing a claim against a board member, the bankruptcy trustee will have to ascertain whether the board member has committed a grave management error since in the bankruptcy proceedings the bankruptcy trustee is bound to file a claim for compensation in the event of a grave management error (under the BA's §55 (3)[3]). In view of that, the author will proceed to assess in which cases it is possible to claim that a board member's grave management error is present. In evaluation of a possible grave management error, the main question is whether it would be well-justified to apply liability to a board member. In the case of infringement of a duty, a management error is present too, so the question arises of whether there is a good reason to file a claim for compensation against a board member who has infringed his duties. A precondition for applying liability in the event of a grave management error is a possibility of filing a claim for compensation from a board member who has infringed his duties. Application of liability in cases of a slighter management error is not excluded either. No-one has set a lower limit from which a management error may be considered a grave one. Instead, this has been left to the case law to evaluate. At present, what there is of the latter is relatively vague.

According to the author of this article, in dealing with a grave management error committed by a board member, the presence and quantity of damage plays an important part. For example, the author is of the opinion that if the board member has given an unsecured loan, there is grave negligence since in such a situation a debtor may fail to fulfil his duties, and in such cases it may also turn out that the debtor has no assets that would enable him to satisfy the claim. It is this author's view that a management error that has caused substantial damage may be regarded as a grave management error since substantial damage will have a serious impact on the company's economic indicators and could bring about payment difficulties for the company that in the worst case might cause the company to become insolvent. The size of the company is a decisive factor since the sum of damage that may cause insolvency for a small company may not have a substantial impact on a big enterprise. In determination of what constitutes a grave management error, it is also important to ascertain whether a management error that is being blamed on a board member presents the constituent elements of an offence.

In practice, in cases involving a claim for compensation against a board member, there is frequently a problem with the bankruptcy trustee, as applicant, having to prove that an infringement of duties by the board member and ensuing damage have taken place: often the relevant evidence is lacking, or later on, during the action, new evidence emerges that excludes the board member's liability. In practice, quite often there is also the problem that the bankrupt company's documentation handed over to the bankruptcy trustee in the course of the bankruptcy proceedings turns out to be deficient.

In the process of filing a claim, the breeder documents for accounting are of decisive importance, as documents that form the basis of every entry confirming an economic transaction (see §6 (4) of the Accounting Act), so the bankruptcy trustee should, when taking control of the bankrupt entity's accounting documents, be diligent and fixate in detail all documents to be taken over in the takeover act, while also applying to the court for administering an oath to the debtor's board member (see §§ 19 and 86 of the Bankruptcy Act*[29], or BA) about the data presented to the court on the assets, debts, and economic or vocational operations being correct to the best of his knowledge. In such cases, a board member will have a hard time presenting new evidence later in the course of the action, since he will have to state a cause for previously having presented incorrect data to the court or the bankruptcy trustee, for doing the latter may result in liability for perjury (under §320 of the Penal Code). The author is of the opinion that if the debtor's board member is able to specify a convincing cause for not having presented the bankrupt company's accounting documents earlier, the costs of any legal proceedings or other expenses (such as expenses of ordering an expert evaluation prior to filing of a claim) resulting from the board member's failure to present the evidence in a timely fashion should still be left to be borne by the board member whose actions caused these expenses. The author is of the opinion that leaving of the expenses to be borne by the board member is justified by the fact that the debtor's board member is obliged to organise the accounting (under the CC's §183

[28] CCSCd 3-2-1-197-13, p. 14.

[29] Bankruptcy Act. – RT I 2003, 17, 95; 9.5.2014, 14.

and §306 (4)), and belated presentation of documents in the situation wherein a board member previously asserted under oath to the court that the data presented to the court are correct indicates that the debtor's board member had not organised the accountancy properly—in other words, he did not have a proper overview of the documents or concealed them during hand-over to the bankruptcy trustee or to the court. Hence the author is of the opinion that if infringement of the obligation of accounting by the board member has entailed damage, whether within or beyond the framework of legal proceedings, the damage caused must be compensated for by the board member who has infringed his duties.

If no damage has emerged as arising in consequence of the board member's infringement of his duties, there is reason to deliberate whether to apply penal or bankruptcy liability to him.

3.3. Penal liability

Infringement of duties by a company's board member may entail penal liability. Such liability belongs to the domain of so-called economic offences, with the aim being to regulate the economic environment and to prevent offences related to it. The board member's penal liability is well justified if the infringement of his duties (by action or inaction) is listed in the Penal Code as an offence. Infringements of board members' duties are mentioned as company-related offences (in the Penal Code[*30], or PC, in §§ 377–381[1]), as are offences related to bankruptcy proceedings (PC, §§ 384–385[1]). At the same time it is also possible to punish the board member who has infringed his duties for crimes against property, such as misappropriation (PC, §201).

Of board members' duties, the Penal Code stipulates punishments mostly for the specific duties, such as: infringement of the duty to convene the meeting of partners or shareholders (PC, §380), infringement of the duty to organise the accounting (PC, §381[1]), and infringement of the duty to file for bankruptcy in case of insolvency (PC, §385[1]). At the same time, infringement of general obligations—such as breaching the obligation of loyalty or the obligation to honour trade secrets (PC, §377) or causing insolvency through infringement of the duty to apply diligence (PC, §384)—also constitutes an offence, according to the Penal Code.

If the debtor turns out to have committed a deed with constituent elements of an offence in connection with the emergence of insolvency, the court or the bankruptcy trustee will have to inform the prosecutor or the police in order for them to decide upon the initiation of criminal proceedings (under the BA's §28 (1)). Regardless of the fact that many complaints of an offence are filed in relation to causing insolvency and other offences resulting from infringement of duties of company board members, these have not led to conviction of persons having committed deeds with elements of an offence, since most criminal prosecutions are terminated on account of expiry or application of opportunity. In this author's opinion, the latter shows that the state so far has not contributed enough means to investigate offences related to insolvency and directed against companies; also, nothing has been done for some years now to enhance the competency of investigators who deal with economic offences. Still, constant criticism and practical need have led to the establishment of the Economic Offences Bureau (under the jurisdiction of the Central Criminal Police), whose task it is to investigate economic offences of a more serious kind. The author is of the opinion that such an approach is very welcome but does not justify decriminalisation of the above-mentioned economic offences or eliminate the need to enhance the investigative capacity also with respect to lesser economic offences.

At present, plans are being made to introduce, with a draft act (DA 554)[*31], changes to the Penal Code Implementation Act, to decriminalise several bankruptcy-related offences and offences directed against companies. Under the proposed amendments, infringement of the duty to convene the meeting of partners or shareholders (PC, §380) would cease to be an offence. It is this author's opinion, however, that the latter provision is an important measure for protecting the investors (partners and shareholders), in order to guarantee the timely involvement of the owners and to give the investors the opportunity to take decisions pertaining to their assets. In the bankruptcy proceedings, the owner (partner or shareholder) is not a creditor through a claim over a share or a sum of money paid for a share, due to which he will be left without protection by exclusion from the regulation of § 380 of the PC. Section 384 of the Penal Code does not

30 Penal Code. – RT I 2001, 61, 364; 14.1.2014, 10.

31 Draft act for introducing amendments to the Penal Code and other legislative acts related to it, available at http://www.riigikogu.ee/?op=ems&page=eelnou&eid=78433b29-8b2f-4281-a582-0efb9631e2ad& (most recently accessed on 30.6.2014).

guarantee protection to the investors in a situation wherein the meeting of partners, shareholders, or co-operative members has not been convened in a due manner but infringement of the duty has not necessarily resulted in a substantial decrease in the debtor's solvency or in his insolvency.

There is also the intention to eliminate, through the prospective changes of DA 554, the offence of failure to file for bankruptcy (from the PC's §385[1]). A company board member is bound to, in the course of 20 days after the emergence of persistent insolvency, file for bankruptcy (under the CC's §180 (5[1]) and §306 (3[1])). In evaluation of the insolvency, the indicator for equity capital (net assets) has been used that reflects the difference between the entity's assets and commitments (see §3 3) of the Accounting Act[*32]). According to §1 (3) of PC, the legal person of the debtor is insolvent also when the debtor's assets do not cover his commitments and the debtor's economic situation indicates that this state or a similar one is not temporary. The above-mentioned regulations seem to indicate that earlier negative equity capital—i.e., the situation wherein the commitments exceed the company's assets and such a situation is not temporary—shows that the company has become permanently insolvent. The Supreme Court has explained that the mere fact of the company's net assets constituting less than half of the share capital or equity capital does not necessarily mean that the company is persistently insolvent in the sense of the bankruptcy law and that there is reason to prosecute a company board member on the basis of § 385[1] of the Penal Code[*33]. The author of this article agrees with that viewpoint since in some cases negative equity capital does not imply the persistent insolvency of the company. For example, such a situation may emerge in cases of long-term commitments. A company's commitments are divided into short- and long-term ones (in Appendix 1 to the Accounting Act), which means that long-term commitments too are shown as commitments—for example, a bank loan that is being paid back in equal monthly instalments over the span of 30 years. In the case described here, the value of the purchased assets should restore the balance between assets and commitments and guarantee the existence of positive equity capital. However, there may be cases in which the value of the assets purchased has for some reason decreased substantially yet the company continues to be able to pay the monthly instalments and engage in sustainable activities. In such cases, regardless of the negative equity capital, the company is not persistently insolvent.

The duty to file for bankruptcy is a board member's specific obligation whose infringement (failure to file for bankruptcy in a timely manner or failure to file altogether) creates a situation wherein, as a result of the delay in filing for bankruptcy, the debtor's assets decrease and, in consequence of this, creditors' possibilities of satisfying their claims also diminish. In the event that the company board member fails to file for bankruptcy when this should be done, a situation arises in which some creditors will file for bankruptcy or the company will be divested at the registrar's initiative (the CC's §59). Because, according to the data provided by the Ministry of Justice, at least two thirds of legal persons' bankruptcy proceedings, for reason of lack of assets, do not proceed to judgement and bankruptcy proceedings not proceeding to judgement results in there being no civil liability of the company's governing bodies related to filing of a compensation claim or insolvency liability through application of prohibition on business, the only possibility for prosecution of the company board member who has infringed his duties is the application of penal liability. It is the author's opinion that if this too fails to follow, the situation will motivate the board members of companies in economic difficulties to delay filing for bankruptcy until the company in question is broke, which would bring about a situation wherein the bankruptcy proceedings do not proceed to judgement and, therefore, neither civil nor insolvency liability follows for the board member. Such a situation, in its turn, would corrupt the economic environment, reduce opportunities for honest entrepreneurs, and corrupt the investment climate and involvement of foreign investments.

In the explanatory statement accompanying the amendment, the decriminalisation of infringement of the duty to file for bankruptcy is justified by, among other arguments, the reasoning that the Supreme Court has found that determination of the presence of constituent elements of an offence in pre-trial and judicial proceedings has become extremely difficult since it would always presume commissioning of difficult and time-consuming use of expertise to establish the moment of emergence of insolvency. Also, according to the explanatory statement, the failure to file for bankruptcy does not have to be punishable in nature since the board member's direct liability emerges regardless in cases of filing for bankruptcy in an untimely manner. The author is of the opinion that the prospective change is not well grounded, since the aim of §385[1]

32 Accounting Act. – RT I 2002, 102, 600; 13.3.2014, 50.

33 CCSCd 3-1-1-49-11.

of the Penal Code is to guarantee the creditors the opportunity to get maximal satisfaction of their claims that would be afforded by timely filing for bankruptcy. With every day of delay in filing for bankruptcy, the assets available for satisfying the creditors' claims decrease and the claims filed against the person in question grow (for example, with respect to the calculation of overdue charges, the emergence of additional commitments). Also, the exclusion of what is described in § 385[1] of the PC from the list of offences would give the wrong signal to those active in the economic environment, as if failure to file for bankruptcy when one should were not a condemnable deed. In this author's opinion, the case law[*34] has specified well how the public prosecutor's office must check the presence of constituent elements of an offence.

In cases of infringement of the duty to file for bankruptcy, it is important that, since the responsible persons are often dispossessed, application of civil liability often does not bring the desired results. Also, the legislation in vigour does not allow application of prohibition on business in cases wherein the proceedings do not proceed to judgement, for which reason the only possibility for prosecution of an irresponsible board member involves his conviction for an offence. The relevance of §385[1] of the Penal Code is demonstrated also by the fact that in the legislation of other countries liability for an analogous offence is considered important; for example, failure to file for bankruptcy in a timely manner is classed as an offence in Germany.

By way of supplementary penal punishment, an occupation ban (under the PC's §49) or prohibition of engaging in enterprise in general (under the PC's §49[1]) may be stipulated. These are similar in essence to the prohibition on business that is found in insolvency law.

3.4. Bankruptcy liability

Such sanctions as are stipulated in bankruptcy law may be regarded as bankruptcy liability. The board member's liability is stipulated in cases wherein he would infringe his duties during the bankruptcy proceedings—for example, will not fulfil the duty to provide the information or will infringe the ban on insolvency assets' disposal. By way of application of liability to a board member for infringements committed earlier, it is possible to require prohibition on business (see the BA's §91). The application of prohibition on business presumes infringement of the company board member's duties, and here, unlike with the presumptions associated with application of civil liability, whether or not the infringement has led to damage emerging is immaterial.

Bankruptcy law differentiates between the prohibition on business during the bankruptcy proceedings and after them. Prohibition on business during the proceedings (under the BA's §91 (2)) is applicable until the end of the bankruptcy proceedings. The prohibition on business in vigour during the bankruptcy proceedings obtains from the issuing of the court order until the end of bankruptcy proceedings. According to the case law, the function of the prohibition on business during the proceedings is the preventive protection of third persons, in order to prevent the subject of the prohibition on business from committing new offences or causing damage to third parties. The prohibition on business may be applied only to a person who is very likely to have committed a crime while managing a now-bankrupt legal person but has not yet been convicted (i.e., when there is a well-founded suspicion of a crime) and when there is a serious danger that, should prohibition on business not be applied, he may commit new offences of a similar kind.[*35]

Prohibition on business after the proceedings (see the BA's §91 (3)) is applicable to the subjects related to the legal person (under the BA's §19 (1) and (3)), provided that the debtor or the person to whom the prohibition on business is about to be applied has been convicted on the basis of a verdict having entered into vigour for an offence related to bankruptcy, enforcement procedure, a tax offence, or an offence listed in §380 or 381[1] of the Penal Code. The prohibition on business after bankruptcy proceedings may last for up to three years after the end of said proceedings (see the BA's §91 (3)). In application of prohibition on business after bankruptcy proceedings, it must be ensured that the person is not punished twice for the same offence—that is, that there will be no conflict with the *ne bis in idem* principle as stipulated in §23 of the Constitution. That means that a person who has been punished for a bankruptcy- or enforcement-procedure-related offence or a tax offence when, by way of supplementary penal punishment, an occupation ban or prohibition to engage in enterprise has been applied shall not be punished a second time through application of prohibition on business after the bankruptcy proceedings.

34 CCSCd 3-1-1-85; 3-1-1-49-11.

35 CCSCd 3-2-1-124-09, p. 15.

In the Estonian legislation, the occupation ban and the prohibition to engage in enterprise are formally and in substantive law supplementary penal punishments, while prohibition on business after the end of the proceedings is in substantive law a supplementary penal punishment, but formally a bankruptcy-linked restriction. Only guilt may be the foundation for applying penal coercive measures, but for non-penal coercive measures a danger emanating from the person in question shall suffice[*36].

The Supreme Court has found that the main aim with the occupation ban during bankruptcy proceedings (see the BA's §91 (2)) is for it to be a preventive coercive measure[*37]. This provision must be interpreted in a restrictive manner since the prohibition on business intensely strike at the person's fundamental rights: the freedom to choose a job (laid down in §29 (1) of the Constitution), the freedom to pursue an economic or business activity (see the Constitution's §31), and the freedom to dispose of one's property (see the Constitution's §32 (2)). Restrictive interpretation is justified also by the fact that measures similar to the prohibition on business may be applied to a person for penal purposes only on the basis of §49 or 49[1] of the Penal Code. According to §91 (2) of the BA, mere suspicion of a misdemeanour or the possibility of emergence of damage is not sufficient.

Although the author agrees with the Supreme Court's view in that the application of prohibition on business strikes at the core of a person's fundamental rights, the author is of the opinion that in the situation wherein a company board member has seriously infringed his duties and thereby caused substantial damage to the company and its creditors, the application of prohibition on business is well-justified. Although, as the practice of the Supreme Court shows, application of the prohibition on business has become more complicated, the author remains of the opinion that the restrictions on this measure are well-founded; we are dealing with limitations to a person's freedom to pursue business activity, so prohibition on business should not be applied without good reason. German and Finnish legislation do not know the application of prohibition on business in bankruptcy proceedings at all; instead, it is applied in these systems as a criminal punishment. For example, the German penal code allows imposing the occupation ban on a person[*38] for up to five years. If it is found after this that the danger to business is still present, the occupation ban may be applied for life. According to Finnish legislation regarding the prohibition on business, the duration of the prohibition on business may be 3–7 years[*39]. If a person who belongs to the group of those to whom the prohibition on business may be applied[*40] has committed a serious offence, the Finnish legislation on prohibition on business (§20) stipulates the duty to carry out an investigation in order to establish whether there is a reason to apply prohibition on business to said person. The investigation shall be carried out by the police on the basis of the prosecutor's request. The author is of the opinion that, in view of the Supreme Court having referred to the deficiencies in the application of the prohibition on business, following the model of the practices of the other countries, such as Germany and Finland, should be considered in the course of the revision of the regulations pertaining to application of prohibition on business.

At the same time, the author is the opinion that substantial restriction of the prohibition on business is not founded since it would cause loss of the preventive influence: there would be no more fear of application of the prohibition on business. In this author's opinion, the application of the requirement of prohibition on business would be justified also, for example, in the event that infringement of the duty to file for bankruptcy is decriminalised or in the situation wherein the bankruptcy trustee has filed a claim for compensation against a board member who has infringed his duties. The regulations regarding prohibition on business should be changed in such a way that it would be possible to apply it also to board members against whom, on account of their being dispossessed, it would make no sense to file a claim.

In the author's opinion, the application of prohibition on business would be well-grounded also in the case of the bankruptcy proceedings not proceeding to court. At present, company board members are interested in proceedings not progressing to court handling, since this does not leave the court with a reason to nominate a bankruptcy trustee, whose duty it is to ascertain any infringement of board members' duties and to

36 A. Tubin. Menetlusjärgne ärikeeld: kas pankrotiõiguslik piirang või karistusõiguslik lisakaristus? [Prohibition on Business after Legal Proceedings: Bankruptcy-linked Restriction or Supplementary Penal Punishment?]. – *Juridica* 2012/6, pp. 442–449.

37 CCSCd 3-2-1-124-09.

38 The German Criminal Law, or *Anordnung des Berufsverbots*, § 70 of the Ciminal Code of Germany.

39 Laki liiketoimintakiellosta (Law of Prohibition on Business of Finland), Section 5, available at http://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1985/19851059 (most recently accessed on 18.7.2014).

40 Laki liiketoiminatakiellosta (*ibid.*), Section 2.

demand application of the associated liability. Also, because of lack of assets, the creditors are not interested in filing claims against the board members of a company that has become bankrupt. Since at present the practice of applying penal responsibility to the board members is seldom seen and there is the intention to decriminalise several economic offences, the author is of the opinion that there are grounds for changing the possibilities for application of prohibition on business in such a way that it would be possible to apply this prohibition on business to a board member also in case the bankruptcy proceedings do not proceed to court. Also, the bankruptcy law should be complemented in such a way that in case the bankruptcy proceedings do not lead to court proceedings, it would still be possible to file for compensation against the board members who have infringed their duties. The above-mentioned measures would make it possible to reduce considerably the quantity of bankruptcy proceedings that do not reach the courts.

4. Conclusions

Analysis of company board members' obligations makes it possible to evaluate a board member's actions and thereby determine, during the bankruptcy proceedings, whether the company's insolvency was caused by a grave management error by the board member in question, a deed with constituent elements of an offence, or another element and consequently apply the liability entailed by the infringement of one's obligations.

According to the principles for applying civil liability, in the event of a grave management error having been committed by a board member, the bankruptcy trustee must file for compensation. If the board member has infringed his obligations but no damage has emerged, there is reason to deliberate whether reason exists to apply penal or bankruptcy liability.

Infringement of a board member's duties is often also an offence for which the penal code stipulates a liability. Penal liability for a board member who has infringed his obligations follows if his deed corresponds to the constituent elements of an offence stipulated by the Penal Code and he has been proved guilty.

The presumptions for application of bankruptcy liability—in the form of prohibition on business after the bankruptcy proceedings—also include the person's conviction; for prohibition on business to be applied during the bankruptcy proceedings, there must be a well-founded suspicion of a crime. It is this author's opinion that current practice in interpretation of the prohibition on business does not fulfil its aims, since it has been substantially restricted. Application of the prohibition on business should be amplified in such a way that it would guarantee board members' responsible behaviour.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.18

Urve Liin

Magister iuris, Lecturer of Civil Law
University of Tartu

Succession Law Procedure Coverage in Estonian Public Electronic Databases: *Ametlikud Teadaanded* and the Succession Register

1. Introduction

In the wake of preparation of the European Succession Regulation[*1] and with its coming into force on 17 August 2015, succession law procedure, including problems related to registers of wills, has become an important issue in the European Union.

To make it easier to find a will in Europe, the Notaries of Europe created the European Network of Registers of Wills (ENRW/ARERT). Operational since 2002 through secure interconnection among the various national registers, the ENRW makes it possible to carry out an EU-wide search for the will of a person who has died. The ENRW provides a common platform allowing exchange of information between national registers of wills, among them the Estonian Succession Register.[*2]

The Estonian register of wills—the Succession Register—was established on 1 October 1996, in accordance with §173 of the first Estonian Succession Law Act[*3] (the 1996 LSA). Since 2001, there has been an additional source of information about succession matters, in the form of notices of succession proceedings (*Pärimisteated*) in a public electronic database—namely, in the publication *Official Announcements* (*Ametlikud Teadaanded*)[*4].

The aim of this paper is to analyse these two Estonian databases and compare the goals set for the Estonian Succession Register to those set for other registers of wills in EU Member States in order to suggest some proposals for future development.

---

1 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. – OJ L 201, 27.7.2012, pp. 107–134.

2 The European Network of Registers of Wills Association. Available at http://www.arert.eu/ (most recently accessed on 18.2.2014).

3 Pärimisseadus. – RT I 1996, 38, 752 … RT I, 2008, 7, 52 (in Estonian). English text available at http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X1001K3&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=p%E4rimisseadus (most recently accessed on 12.2.2014).

4 Official Announcements are managed by the Estonian Centre of Registers and Information Systems (RIK). They are available via http://www.rik.ee/en/official-announcements (most recently accessed on 12.2.2014).

2. The legal basis and purpose of the registers

2.1. The Succession Register

Currently, the Succession Register and its administration are governed by §§ 176–179 of Chapter 7 of the second Estonian Law of Succession Act[*5] (the 2008 LSA), and Regulation 38 of the Minister of Justice, issued on 3 December 2013, whose title translates to 'The procedure for maintaining the Succession Register and of making entries in and release of data from the Succession Register'[*6] (also called the SR Regulation).

The Succession Registry was created for two purposes. The first and more important goal was to create a common database for recording the existence and location of wills and succession contracts in order to facilitate their being found and the subsequent fulfilment of the last will of the testator. The secondary purpose of the register was to gather information about which notary was responsible for which succession matters. The principle related to this was stated *expressis verbis* into §176[1] (2) of the 2008 LSA. But the 1996 LSA already featured a provision granting delegation authority by which the Minister of Justice could foresee the need for requiring addition to the Succession Register of further data deemed necessary for settling of succession matters (§160 (2) of the 1996 LSA). According to Regulation 34, titled 'The procedure for performance of notarial acts pursuant to the Law of Succession Act'[*7] (the Regulation for the 1996 LSA), issued by the Minister of Justice on 20 December 1996, notaries are required to perform a query of the Succession Register after they certify an application for acceptance or renunciation of succession, to see whether another notary has already opened a file for the succession in question. If a file has been opened by another notary, the application for acceptance or renunciation of succession is forwarded to that notary. Otherwise the notary will open a succession file based on the application received and will inform the Succession Register of this fact (under the Regulation for the 1996 LSA, paragraph 22). It is necessary to note that, according to the Soviet law of succession, just as under the Estonian law—as well as under the 1996 LSA and the 2008 LSA, the heir needs only initiate the succession proceedings at a notary's office if a succession certificate is needed—for example, in order to dispose of an immovable that is part of the estate.

From a historical perspective, it might be interesting to note that the German lawyers who were acting as experts for the drafting of the Estonian Law of Succession Act in 1995 did not think it necessary to establish a central register of wills as an institution. They did not see any possible independent function for the registry of wills as an autonomous entity. This position was understandable in those days, since Germany itself had no register of wills at the time. Germany's Central Register of Wills (Zentrales Testamentsregister, or ZTR), under the administration of the Federal Chamber of Notaries, entered in use on 1 January 2012.[*8]

One of the important principles of the Estonian Succession Register is that, ever since its establishment, everyone has had the right to request information from the Succession Register upon a person's death (§162 (2) of the 1996 LSA; §179 (2) of the 2008 LSA).

The registrar is also required to respond to enquiries submitted by the registrar of the register of wills of a foreign state (under §179 (2[2]) and (5) of the 2008 LSA). Until maintenance of the Succession Register is transferred to the Chamber of Notaries, on 1 January 2015, the information entered in the Succession Register shall remain accessible through the Succession Register of Harju County Court (under §184[1] of the 2008 LSA).

Confidentiality of information pertaining to wills and succession contracts that is entered in the register is maintained until the opening of succession proceedings (see §161 of the 1996 LSA or §178 of the 2008 LSA). However, there is an exception for information associated with reciprocal wills of spouses: this information is provided already upon the death of one of the two (see §162 (1) of the 1996 LSA and §179 (1) of the 2008 LSA). This interpretation is allowed also by §3 (3) of the Notaries Act[*9], according to which

5 Pärimisseadus. – RT I 2008, 7, 52 … TR I, 9.10.2013, 1 (in Estonian). English text available at https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/507112013002/consolide (most recently accessed on 12.2.2014).

6 Pärimisregistri pidamise, pärimisregistrisse kannete tegemise ja pärimisregistrist teabe väljastamise kord. – RT I, 6.12.2013, 4 (in Estonian).

7 Pärimisseadusest tulenevate notariaaltoimingute tegemise kord. – RTL 1997, 10, 68 (in Estonian).

8 Zentrales Testamentsregister. Home page available at http://www.testamentsregister.de/en (most recently accessed on 18.2.2014).

9 Notariaadiseadus. – RT I 2001, 93, 565 … RT I, 9.10.2013, 1 (in Estonian). English text available at https://www.riigiteataja.ee/en/eli/511112013002/consolide (most recently accessed on 12.2.2014).

a notary may disclose information about the existence and the content of a will only after the death of the testator, except after the death of one spouse, when a notary may disclose information on the existence of the reciprocal will of the spouses and dispositions made by the deceased spouse.

In my opinion, Estonia should follow the principle of confidentiality of the last will that is commonly accepted in Europe and develop ways of better protecting the confidentiality of the will of a living person—in this case, the surviving spouse. Furthermore, there is no actual technical necessity for 'premature' release of information, since the entries in the Succession Register pertaining to reciprocal wills of spouses or the revocation thereof are made separately for each spouse (under §159 (3) of the 1996 LSA or §176² (2) of the 2008 LSA). By disclosing that the deceased spouse made arrangements to be effected upon his or her death and that the will is in the context of reciprocal wills of the spouses, to be applied on the death of the first spouse, the arrangements that the surviving spouse had made for after his or her death can already be directly deduced. That violates the principle according to which nobody should know whether the surviving spouse has made any arrangements at all.

Another major inconsistency in the Regulation of the Estonian Succession Register is that its main purpose—to guarantee that the provisions of the last will of the deceased can be fulfilled upon death—has not been legally ensured. That is, information about a person's death is not directly forwarded to the Succession Register, nor does it automatically initiate the procedure of opening the last will of the deceased that had been registered and electronically preserved in the Succession Register. The current procedure is at variance with the way things are done in Germany, the main model for the law used in the development of our law of succession.

In Germany, at death, the ZTR is consulted *ex officio* for purposes of finding existing wills or other instruments related to inheritance. Thereupon, the Federal Chamber of Notaries informs the competent succession court about the existence of wills that have to be observed. This permits more rapid and efficient carrying out of the testator's will.

The reason for this important function not having been added to the Estonian Succession Register could be either an inability to understand the problem or a lack of the will to solve it. German experts warned of unnecessary additional maintenance expenses arising from establishment of the Succession Register, primarily on account of the reporting necessary between the registers: when a testament or inheritance contract is notarised, the register of wills has to be notified. All vital statistics offices would have to notify the register of wills about the deaths they record. The register of wills, in turn, would have to notify the institution where the last will of the deceased is preserved. Apparently Estonian lawmakers decided to eliminate the state-financed element of these notification expenses identified by the German experts.

It seems that the exchange of data between the Succession Register and the population register is finally starting to function. Subsection 15 (2) of the SR Regulation states that, if doing so is technically possible, the entry about the decedent's death shall be made automatically in the Succession Register on the basis of entries in the population register. That leaves only the last step, informing the notary who certified the last will about the death. Once administration of the Succession Register has been transferred to the Chamber of Notaries, in 2015, the question of spending state funds will become irrelevant and the notaries, should they consider automatic notification to be useful, will be sure to work out and propose corresponding Regulation.

Another obstacle to fulfilment of the main purpose of the Succession Register might be revealed by the question of the expense of notarial proceedings. Clarification may be in order. In Estonia, succession proceedings are strictly voluntary: proceedings are initiated only upon the application of some person, and the costs of initiating these proceedings have to be paid by the one submitting the application. Unlike expenses for proceedings related to the administration and inventory of the estate, the costs of initiating succession proceedings with a notary cannot be recovered from the assets of the estate. This means that if the succession registry were to notify the notary who preserved the deceased's last will or succession contract, that notary would have to initiate the succession proceedings *ex officio*, which would necessarily entail a change in the collection of the initiation expenses.

On the other hand, this method of automatic notification as to a person's death would eliminate the current freedom that beneficiaries have in choosing which notary will manage the succession proceedings. Since the end of 2007, there have been no territorial restrictions on notaries with respect to conducting of succession proceedings, which means that a person wishing to initiate succession proceedings will choose the notary most favourable to his or her interests. From what can be seen from the notices of succession proceedings, the notary chosen will in most cases be the one who notarised the testator's last will. But this

is not always the case. Even in the case of such notification from the Succession Register, it is my opinion that the freedom of choosing the notary to conduct the succession proceedings is not too restricted, since even now the law provides for very different categories of persons being able to initiate succession proceedings. According to §166 (1) of the 2008 LSA, an application for initiation of succession proceedings can be submitted by, in addition to an heir, a creditor of the deceased, a legatee, or any other person who has rights in respect of the estate. Why not enable the not-yet-deceased to select the notary who will conduct their succession proceedings, by choosing the notary to notarise their last will?

A positive aspect of recovery of the expenses of initiating succession proceedings from the estate (i.e., from the person who inherited in the end) would be that it would place people who renounce succession in an equal position. Today, according to §31 of the Notary Fees Act[*10] (NFA), the notary's fee for certification of an application for renunciation of succession is EUR 6.35 (see clause 31) while the notary's fee for certification of an application for initiation of succession proceedings is EUR 63.90 (see clause 32). In comparison, the notarial fee for certification of an application for acceptance of succession is EUR 65.15 (clause 30). In cases wherein application for renunciation or acceptance of succession is included in the cost of application for initiation of succession proceedings, only the notary's fee for initiation of the proceedings has to be paid (see §31[1] of the NFA).

2.2. Notices of succession proceedings (*Pärimisteated*)

Publishing of notices of succession proceedings was already provided for by the first Estonian LSA, that of 1996. With the implementation of that act, the system for acceptance of succession entered use for transfer of an estate. According to §4 of the 1996 LSA, in order to inherit, the heir had to accept succession. There was a general term of 10 years for the acceptance of succession, but if a relevant application was submitted, the notary could set a shorter term, which was not to be shorter than two months (§118 of the 1996 LSA). The notary's shortening of the term for acceptance or renunciation of succession meant that potential heirs had to be notified of the new, shorter time period. A notary shortening the term was required to send written notice of doing so to persons entitled to inherit or to publish a notice in a national daily newspaper (§118 (1) of the 1996 LSA). An amendment that came into force on 1 January 2000 provided that the notary may set a term for acceptance or renunciation of succession and send written notice thereof to persons entitled to succeed or, alternatively, publish a notice in the official publication *Official Announcements* (*Ametlikud Teadaanded*).

So it can be said that, according to the 1996 LSA, the purpose of publishing the notice of succession proceedings was to let it be known publicly which notary was responsible for the succession-related affairs of a certain deceased person and what time limits had been set by the notary for acceptance or renunciation of the associated succession. This was meant to ensure that all persons entitled to succession, including people whose names or contact information were not known to the notary, could exercise their right of succession and inform the notary conducting the proceedings. However, publishing a notice of succession proceedings was not obligatory by law, and every notary decided case-specifically whether to publish a notice or not. If convinced of having already notified all persons entitled to succession, a notary might not publish the notice in *Ametlikud Teadaanded*. In the first years, no notices of succession proceedings were published, irrespective of whether the person had died before 1 January 1997, meaning that the succession had to be resolved in accordance with the Civil Code of the Estonian SSR. The reason for this was that, under said civil code, the same time limit was always in place for acceptance or renunciation of succession—six months from the death in question.

Ametlikud Teadaanded was established on 20 January 1999 as was required by §24 of the *Riigi Teataja* Act[*11] 1999, and at first it was published in printed form. The official publication *Ametlikud Teadaanded* was a non-periodic supplement to a national daily newspaper. With the amendment of 1 January 2007, it

[10] Notari tasu seadus. – RT I 1996, 23, 456 … RT I, 9.10.2013, 1 (in Estonian).

[11] Riigi Teataja seadus. – RT I 1999, 10, 155 … RT I 2010, 19, 101 (in Estonian). English consolidated text as of December 2007 available at http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X30080K7&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=riigi+teataja+seadus (most recently accessed on 23.2.12014).

was changed into an electronic official publication by the Ministry of Justice and became available only online[*12].

According to §13 of the *Riigi Teataja* Act[*13] 2010, passed on 22 April 2010, *Ametlikud Teadaanded* is an official online publication and database of the Republic of Estonia, one that is published and maintained by the Ministry of Justice. Also published in *Ametlikud Teadaanded* are notices, invitations, summonses, and announcements with respect to which there is a legal requirement to publish pursuant to a statute, a Regulation of the Government of the Republic, or a Regulation of a ministry but whose exact form of publication has not been prescribed. Reading of notices via the public user interface available on the Internet is free of charge, while a fee may be charged for other services. The statutes pertaining to *Ametlikud Teadaanded*[*14] are authorised by Regulation 43 of the Ministry of Justice, issued on 1 September 2011.

Without doubt, notices of succession proceedings account for the largest proportion of the notices published in *Ametlikud Teadaanded*, out of all types of notices. For example, there were, in total, 944 notices of succession proceedings in January 2014, followed by court notices (numbering 665) and notices of bankruptcy proceedings (304 notices).[*15]

If, according to the 1996 LSA publishing of notices of succession proceedings in *Ametlikud Teadaanded* was up to the discretion of notaries, the 2008 LSA that came into force on 1 January 2009 made it obligatory, stating that a notary shall publish a notice pertaining to the initiation of succession proceedings in *Ametlikud Teadaanded* not later than two working days after initiation of the succession proceedings (see §168 (1) of the 2008 LSA). The list of information that must be included in the notices is set forth in a Regulation issued by the Minister of Justice (as stipulated in §168 (4) of the 2008 LSA). In the explanatory memorandum associated with the 2008 LSA, there is no explanation for imposing this obligation on notaries. This is probably because the terms of §168, along with the following §§ 169–175 of the 2008 LSA, regulating succession proceedings involving notaries, were not incorporated into the 2008 LSA until its second reading in Parliament (the Riigikogu), on 18 December 2007[*16]. This might be best explained by the hope expressed by a member of the Legal Affairs Committee of the Riigikogu, Hanno Pevkur, about the new LSA as a whole:

> I believe that the most positive fact about this draft act is that the legal protection of the heirs will become more certain [...]. The ones entitled to inherit must have the possibility of putting that right into practice, and I am certain that if this act comes into force, this will be possible.[*17]

It follows that the purpose of such widespread publishing of the succession notices is to disseminate as much information as possible about succession proceedings being conducted by notaries, in order to provide maximal protection for the persons entitled to inherit.

3. The information available in the registers

3.1. The Succession Register

As is mentioned above, the Estonian Succession Register differs from the registers of wills in other European countries in that, ever since its establishment, it has contained not only data about the testaments and succession contracts entered in it but also information about which notary is conducting the succession

12 Ametlike Teadaannetega seonduvate seaduste muutmise seadus (Act Amending Acts related to Ametlikud Teadaanded). – RT I 2006, 55, 412 (in Estonian).

13 Riigi Teataja seadus. – RT I 2010, 19, 101 ... RT I, 29.6.2012, 1 (in Estonian) English text available at https://www.riigiteataja.ee/en/eli/520122013005/consolide (most recently accessed on 21.2.2014).

14 Ametlike Teadaannete põhimäärus. – RT I, 6.9.2011, 4.

15 Ametlikud Teadaanded. – https://www.ametlikudteadaanded.ee/ (most recently accessed on 21.2.2014).

16 56 SE II, Muudatusettepanekute loetelu pärimisseaduse eelnõule (List of Amendments to the Draft Succession Act). Available at http://www.riigikogu.ee/?page=pub_ooc_file&op=emsplain2&content_type=text/html&u=20140221153243&file_id=209237&mnsenme=56+SE&etapp=10.12.2007&fd=28.12.2009 (in Estonian) (most recently accessed on 20.2.2014).

17 'Pärimisseaduse eelnõu (56 SE) teise lugemise jätkamine. XI Riigikogu stenogramm. III istungjärk. Kolmapäev, 16. jaanuar 2008' (Continuation of the Second Reading of the draft Succession Act (56 SE). Shorthand notes of XI Riigikogu. Session of Wednesday, 16 January 2008), available at http://www.riigikogu.ee/?op=steno&stcommand=stenogramm&pkpkaupa=1&toimetatud=1&toimetamata=0&date=1200485246&paevakord=1442 (in Estonian) (most recently accessed on 21.2.2014).

proceedings of any given deceased person. At first, the Succession Register contained only information about the existence and location of wills and succession contracts, while the documents themselves were held at the offices of the notaries who had notarised them.

On 1 January 2009, the scope of the information to be entered in the register broadened substantially. In accordance with §176 (1) of the 2008 LSA, information about estate management measures and succession certificates was added. Last year—more precisely, with the amendment that came into force on 28 October 2013—information pertaining to disposal of a share of community property from an estate was added (§176[1] (2) of the 2008 LSA).

In line with the most recent amendments, the Succession Register today consists of digitised documents retained in the register and archives (§176[1] (1) of the 2008 LSA). Digital transcripts of notarised wills and succession contracts are stored in the archives of the Succession Register, while home-made (domestic) wills are not digitised. A digital transcript of the original of a will or succession contract is deemed to be equal to the original unless a notation has been entered in the Succession Register stating that the digital transcript was made from the original will or succession contract (see §176[1] (3) of the 2008 LSA).

The preparations for the archives began in the second half of 2012. It was then that the Chamber of Notaries commenced digitisation of the wills as a part of their programme for modernising the Succession Register. Wills and succession contracts from all notaries' offices were then gathered to be digitised.*[18]

The information entered in the Estonian Succession Register can be accessed through the Estonian e-state portal*[19]. In order to use the e-service, one has to be logged in to the state portal by means of one's chipped ID card or mobile telephone application Mobile-ID. In the section dealing with legal aid, three services related to the Succession Register are available:

1. Informing of a domestic will is an electronic service through which one can inform the Succession Register of the preparation of a domestic will.*[20]
2. Wills and succession proceedings related to the user specifically are available by means of a service via which the user can view the documents related to his or her registered wills, succession contracts, and succession proceedings.*[21]
3. Finding of a bequeather*[22]—that is, lookup by the identity of the deceased—involves a search whose results display all valid wills and succession contracts in the Succession Register that match the search, all associated succession proceedings, and all persons receiving any share of the estate. The results also display information pertaining to heirs and estate administrators.*[23]

The information about the deceased that is available in the register is divided into three categories: personal data (name, personal identification code, place and date of birth, last residence, and date of death); data about the wills and succession contracts of the deceased and their location; and data related to the succession proceedings, such as the date of certification of the application for initiation of succession proceedings or the certification of the succession certificate (including heirs' names and personal identification codes). Each document is accompanied by its entry number and the name of the person (e.g., a notary) who entered it in the register.

It can be said in conclusion that the Estonian Succession Register includes practically all relevant information about succession proceedings conducted in Estonia. Entries in the Succession Register that are related to notarial acts are made by notaries (see §177[1] (1) of the 2008 LSA), consular officers, or courts (see §177[1] (2) of the 2008 LSA). In cases wherein a person's right of succession was established by a court decision rather than a succession certificate, all information that the law requires to be included in the succession certificate must be provided in the written court decision (under §171 (7) of the 2008 LSA). Also,

18 Notarite Koja 2012. aasta tegevuse aruanne (Report on the Activities of the Chamber of Notaries in 2012). Available at http://www.notar.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=26088/Notarite+Koja+tegevuse+aruanne+2012.pdf (in Estonian) (most recently accessed on 20.2.2014).

19 Available at https://www.eesti.ee/eng/services/citizen (most recently accessed on 22.2.2014).

20 Available at https://www.eesti.ee/eng/kodusest_testamendist_teavitamine (most recently accessed on 22.2.2014).

21 Available at https://www.eesti.ee/eng/minu_parimisregistri_andmed (most recently accessed on 22.2.2014).

22 In the English text of the LSA, the word 'bequeather' is used instead of the word 'deceased'. See, for example, Section 1 of the LSA of 2008, which states this in its item 2: 'A bequeather is a person whose property transfers upon his or her death to another person.'

23 Available at https://www.eesti.ee/eng/parimisregistri_andmed (most recently accessed on 22.2.2014).

according to §586 (6) of the Code of Civil Procedure[*24], the court is to make an entry in the Succession Register upon the application, alteration, or termination of estate management measures.

3.2. Notices of succession proceedings

The information included in the *Pärimisteated* can be divided into three types: notices related to the initiation of succession proceedings (§168 (1) of the 2008 LSA), notices of the calling proceedings for identification of heirs (see §169 of the 2008 LSA), and notices of calling proceedings in order to determine the obligations of the deceased (under §140 of the 2008 LSA).

According to §168 (4) of the 2008 LSA, the list of information to be contained in the notices shall be established by a Regulation issued by the Minister of Justice. The Regulation for the 2008 LSA[*25] provides, in its §8 (1), that the notice of initiation of succession proceedings shall include at least the following information: 1) the name and given name of the deceased; 2) the deceased's date of birth and personal identification code; 3) the date of death of the deceased; 4) the planned date for attestation of the succession certificate (that is, the term for it); 5) the consequences for an heir of not informing the notary of his or her existence before the certification of the succession certificate; 6) a call to pass on the will of the deceased or any information about its location to the notary immediately; 7) that all persons entitled to inherit who wish to renounce succession have to submit a notarised application for renunciation of succession within three months of learning of the death of the relevant person and of their right to inherit; 8) that it is obligatory to send the notary information about persons entitled to inherit; and 9) that a succession certification will be attested with respect to persons about whom the notary has been informed, whose right to inherit and the scope of this right have been certified, and who have not renounced succession.

The information falling under the first three list items above is self-explanatory. The purpose of informing of the planned time limitation (or term) for certification of the succession certificate is to urge all relevant persons to contact the notary conducting the succession proceeding before the term expires. For the next items in the list, the content involved is somewhat less clear, at least in its value as-is.

In fact, the content under clauses 6, 7, and 9 of the Regulation repeats the text of the 2008 LSA verbatim. The information in question can also be accessed through the Estonian e-state portal, associated with the Succession Register. This is similar to the situation with the German *ZTR* home page; important legal information pertaining to succession is likewise provided on the first page of the register. However, in *Pärimisteated* that information is repeated in each and every notice, which makes the notices overly lengthy.

For example, under §8 (1) 6) of the Regulation for the 2008 LSA is derived from §26 of the 2008 LSA, which in its item 2 imposes on the possessor of the testator's will the obligation to come forward immediately and submit the testament. The notary shall issue a document to the person who submits the domestic will upon submission, pertaining to the depositing of the will, which shall be signed by both the person submitting the will and the notary. Generally, notaries state in the *Pärimisteated* the obligation to present the testament, but some of them do not include the word 'immediately' and ask simply that the testament be brought to their office before the expiry of the term for the succession certificate. The latter kind of notice does not correspond to the text and the intent of the law. Also, if the intent of the law is that the will of a deceased person that is in some other person's possession be brought to the notary as soon as possible, to which notary's office it is brought should not matter. That would not necessarily be the office of the notary conducting the succession proceedings, especially if said office is far from the possessor of the will (for example, in a case of his or her residence being remote) and it would be more convenient to present the will to the closest notary's office.

The information listed under clause 7 of §8 (1) of the Regulation for the 2008 LSA is derived from §§ 118 and 119 of the 2008 LSA, while the content under clause 9 is derived from §171 of the 2008 LSA.

At the same time, fulfilling the requirements detailed under clause 5 of §8 (1), of the Regulation for the 2008 LSA can be difficult for notaries. It is quite rare to find in the *Pärimisteated* an explanation of the notary as to the consequences of not informing the notary of a (potential) heir before the term for attesting the succession certificate has expired. In most notices, there is no mention of this possible development.

[24] Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197 … RT I, 6.2.2014, 13 (in Estonian). English text available at https://www.riigiteataja.ee/en/eli/514022014002/consolide (most recently accessed on 21.2.2014).

[25] Pärimisseadusest tulenevate notari ametitoimingute tegemise kord. – RTL 2008, 101, 1435 … RT I, 7.2.2014, 11 (in Estonian).

Only a few notaries have referred to §175 of the 2008 LSA, according to which, if the incorrectness of a succession certificate, legatee certificate, certificate of recipient of a compulsory portion, or certificate of executor of a will becomes apparent after the notarisation thereof, the notary shall revoke it on his or her own initiative or on the basis of a notarised application by an interested person.

According to §8 (3) of the 2008 LSA, if the planned date of attestation for the succession certificate has been set earlier that three months from publishing of the notice, then the notice of initiation of succession proceedings has to include notice that an heir who wishes to be covered by the succession certificate must inform the notary personally before the end of the set term. On the other hand, according to §171 (1) of the 2008 LSA, a notary shall attest a succession certificate if sufficient proof is provided as to the right of succession of an heir and the extent of that right but not less than one month after publication of the notice in *Ametlikud Teadaanded*.

According to §169 of the 2008 LSA, if the existence of an heir is not known or there is no reliable information pertaining to the place of residence of an heir, the notary shall conduct calling proceedings for identification of the heir. In that event, the notary shall publish a call for identification of an heir in the official publication *Ametlikud Teadaanded*. The notary may publish the call additionally in another publication. If the notary has not published a notice dealing with the initiation of succession proceedings before conducting the calling proceedings for identification of heirs, the notary shall publish the call in conjunction with the notice pertaining to the initiation of succession proceedings.

If, after reasonable time has passed from the publication of the notice regarding the calling proceedings for identification of heirs, insufficient proof related to the right of succession of an heir or the extent of that right is provided for purposes of attesting the succession certificate, the notary shall attest the succession certificate in a manner indicating the information that has become known to the notary in the succession proceedings pertaining to the persons who have accepted succession and, if it is possible to do so, information on any persons who may be entitled to accept succession (see §171 (6) of the 2008 LSA).

If no successor is known and no heir reports within one month from the publication of the call via the calling proceedings for determination of the heirs, or if a person who has reported him- or herself fails to prove his or her right of succession within one month from the due date associated with the calling proceedings, it shall be presumed that the intestate successor is the local government of the place of opening of succession-or, alternatively, the State in the case specified in §18 of the 2008 LSA (see also §125 (3) of the 2008 LSA).

Regardless, it would make sense to divide notices of succession proceedings into three types in accordance with their nature: notices about the initiation of succession proceedings, calls for proceedings for identification of an heir, and calls for proceedings for creditors of the deceased to be conducted by bailiffs. Of these, the calls for proceedings for identification of heirs could, in turn, be divided into two types: one consisting of those notices filed when there are no known heirs and the question is whether or not the local government or the state will inherit. The second category would cover calls in cases wherein there is some information available about the heirs but not their exact name or address. In general, this occurs when the closest heirs—the intestate heirs of first and second degree—have renounced succession and, therefore, the right to inherit has passed to more distant relatives, information about whom is more difficult to find in the databases available to notaries.

As is mentioned above, everyone, including the persons entitled to inherit and the creditors of the deceased, has since the end of 2013 had access to information about the initiation of succession proceedings and about the notary conducting them, just as much as about the general state of succession proceedings, directly through the Succession Register in the e-state portal. Therefore, in my opinion, there is no need to publish in the *Pärimisteated* notices simply declaring the initiation of succession proceedings. All that is needed for retrieval of information from either database is to know the name of the deceased. The only difference is that in the case of the Succession Register it is necessary also to know the personal identification code or date of birth of the deceased. A great advantage of the notices of succession proceedings in their current form is the opportunity to search for information on the basis of both date and keywords.

4. Conclusions

Succession proceedings conducted by Estonian notaries are readily accessible and observable by all interested persons through the Succession Register and the electronic database of notices of succession proceedings published in *Ametlikud Teadaanded*. From the data available in the Succession Register it is possible to obtain much more information about the succession proceedings than simply that wills and succession contracts exist, whilst the latter information is more typical for most registers of wills in other countries.

While the Succession Register, as an institution, has thus far been managed by the court, it is not by nature a court register. Therefore, the transfer of the Succession Register to the Chamber of Notaries on 1 January 2015 is certainly justified, particularly if we consider that administration of the register of wills in most European countries is handled by the relevant country's equivalent to the chamber of notaries.

After the latest amendments, which made access to information in the Succession Register available to nearly everyone, it is questionable whether *Pärimisteated*, largely duplicating the register, should be continued in the current form. Some of the information included in the notices published so far is too burdensome and should in the future be left out. More concise and better-structured information would make it easier to follow the notices of succession proceedings and to get an overview. This, in turn, would better serve one of the most important purposes of the database: opportunities for notaries and bailiffs to notify those persons (heirs and creditors of the deceased) whose contact information they cannot otherwise find.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.19

Egle Kalev

Doctoral Student
University of Tartu

The Possibility of Compensation for Health Damage in Cases of Uncertain Causes within the Victim's Sphere

1. Introduction

In numerous cases of harm to health, the inability to establish factual causation may be a serious obstacle to the plaintiff's success, because of causal uncertainty.[*1] In most tort cases, the victim must prove by a preponderance of the evidence that the tortfeasor's behaviour or act was a factual cause of the harm to the plaintiff.[*2] Yet, in certain kinds of situations, it is difficult or even impossible to prove the aforesaid.[*3] In cases of uncertain causation[*4], the standard rules of causation are often evaded[*5] and the plaintiff can only resort to the probability of the defendant having caused the damage. The defendant's liability to pay damages for the plaintiff's illness that was probably caused by the defendant's breach of duty, as in the infringement of compulsory regulations on occupational safety, is quite a confusing issue, especially when uncertain causes appear within the victim's sphere. An example of the latter is the scenario wherein the plaintiff's health had already been weak prior to the defendant's infringement of regulations. The main aim of this paper is to identify victims' chances to receive compensation for health damage in cases of uncertain causation pursuant to Estonian law and the case law of the Supreme Court of Estonia. In other words, the question is what the optimal solution should be in the case wherein the victim is only able to establish that the damage was probably caused by the defendant's unlawful act. To this end, I pose two main questions. Firstly, what are the uncertain causes in the victim's sphere, and how do the various causes affect

1 A. Fenyves *et al.* Tort law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. – *Tort and Insurance Law*, Vol. 30. Berlin 2011, p. 72 – DOI: http://dx.doi.org/10.1515/9783110260007; M.A. Berger. Eliminating general causation: Notes towards a new theory of justice and toxic torts. – *Columbia Law Review* 97 (1997)/VII, p. 2117.

2 S. Deakin *et al. Markesinis and Deakin's Tort Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press 2008, p. 323; L. Wahlberg. *Legal Questions and Scientific Answers: Ontological Differences and Epistemic Gaps in the Assessment of Causal Relations*. PhD thesis, Lund 2010, p. 17.

3 S.M. Samii, A. Keirse. Taxonomy of asbestos litigation in the Netherlands: Duelling with causal uncertainty. – *European Review of Private Law* 2013/1, pp. 354–355.

4 Uncertain causality cases include, for example, those involving medical malpractice, competition, asbestos-related matters, lost or stolen lottery tickets, and lawyers' professional liability cases. See T.K. Graziano. All or nothing or partial liability in cases of uncertain causation. – *European Private Law* 2008/6, pp. 1013–1016.

5 J. Stapleton. Occam's razor reveals an orthodox basis for *Chester v. Ashfar*. – *Law Quarterly Review* 122 (2006), p. 427, as cited in S. Deakin *et al.* (see Note 2), pp. 261, 265.

the plaintiff's chances of obtaining compensation? Secondly, how does the use of different approaches to paying damages, such as the all-or-nothing theory versus partial liability, affect the plaintiff's prospect of getting compensation from the defendant? I have chosen to focus predominantly on analysing the practice in the common-law countries and the most influential opinions of legal scholars to identify whether there are solutions for the issues dealt with in the article that are worth applying in the Estonian legal system and in the countries in continental Europe generally. In common law, many similar cases have been adjudicated[*6]; therefore, it is reasonable to start with this system and analyse UK court practice. So as not to overlook countries outside the common-law tradition, we examine some European private-law acts also, to create some moments of comparison. The Principles of European Tort Law[*7] (hereinafter 'the PETL') and the Draft Common Frame of Reference[*8], or DCFR, deal with the general issue. In addition, the Estonian courts have formed an opinion in cases of uncertain causation.

2. Uncertain causes within the victim's sphere

2.1. The impossibility of applying the CSQN test in the case of multiple sources of damage

According to Article 3:101 of the PETL, an activity or conduct is a cause of the victim's damage if, in the absence of that activity or conduct, the damage would not have occurred. Subsection 127 (4) of the Estonian Law of Obligations Act[*9] (hereinafter 'LOA') stipulates that a person shall compensate for damage only if the circumstances on which that person's liability is based and the damage caused are related in such a manner that the damage is a consequence of the circumstances. In most cases of uncertain causality, the *conditio sine qua non* (hereinafter 'CSQN') test is not applicable, because there are multiple sources of damage or because the plaintiff was in poor health[*10] prior to the defendant's infringement of regulations.[*11] Therefore, absence of the wrongdoer's act could not usually eliminate the outcome, or at least we cannot know for a fact what the situation would be like if we were able to remove the wrongdoer's behaviour retroactively. In such cases, one cannot be certain whether the damage is caused by a pre-existing health condition of the plaintiff, the victim's noxious habit, predisposition to the disease, or the tortfeasor's unlawful act. Furthermore, in many cases of uncertain causation, it cannot be established with certainty whether the disease was caused by, say, a nearby factory (the 'excess risk') or other causes (the 'background risk').[*12] The risk factors may involve personal lifestyle choices or, as in the case of genetic factors, circumstances outside the exposed person's control.[*13] Therefore, uncertainty surrounding the cause of damage may exist even if there are no other persons who could have caused the damage and could be named as defendants.

6 For example, with regard to employees in Germany, there are workers' compensation carriers who take care of, for instance, victims of toxic substances, and the German Supreme Court has not adjudicated on any cases of this kind. In Germany, there is a partial-liability theory in use in other cases of uncertain causation, according to which each defendant should be held liable for a fraction of the harm. See G. Wagner. Asbestos-related diseases in German law. – *European Review of Private Law* 2013/1, p. 328.

7 Principles of European Tort Law (PETL). Available via http://www.egtl.org/ (most recently accessed on 3.1.2014).

8 Draft Common Frame of Reference (DCFR). Book VI. Available at http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (most recently accessed on 3.1.2014).

9 Estonian Law of Obligations Act. Available at http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X30085K7&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=v%F5la%F5igusseadus (most recently accessed on 20.1.2014).

10 The factors within the victim's own sphere mentioned in Article 3:106 of the PETL that might have an impact on the risk, apart from the general health of the victim, are ageing, gender, genetic predisposition, noxious eating or drinking habits, living environment, previous and current occupational conditions, and others. See M.-M. Casals. Causation conundrums: Introduction to the annotations to *Sienkiewicz v. Greif* (UK) Ltd. – *European Review of Private Law* 2013/I, p. 307.

11 The CSQN test is not applicable in cases wherein elimination of the defendant's act or substitution for the inactivity cannot show the exact cause of the damage to health or if there are many possible causes of damage. See B. Winiger (ed.). *Digest of European Tort Law, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation*. Vienna: Springer-Verlag 2007, p. 47.

12 R. Young et al. Causality and causation in tort law. – *International Review of Law and Economics* 2004/24, p. 508. – DOI: http://dx.doi.org/10.1016/j.irle.2005.01.007.

13 J.B. Cologne et al. Uncertainty in estimating probability of causation in a cross-sectional study: Joint effects of radiation and hepatitis-C virus on chronic liver disease. – *Journal of Radiological Protection* 2004/24, p. 142.

2.2. Noxious habits and living environment as causes within the victim's sphere

The plaintiff's noxious habits and living environment are factors that render it more complicated to determine whether the disease is a result of the defendant's breach of duty. Instead, the cause might be the plaintiff's noxious habits or polluted living environment.[*14] It is questionable whether noxious habits and living in a polluted environment could be treated as intentional behaviour by the victim or contributory negligence causing harm to his or her health that may serve as a basis for reduction in damages.

A typical example of a risk in the victim's sphere is a situation wherein the plaintiff has smoked for years and at the same time has been exposed to asbestos dust for a prolonged time at work.[*15] Legal scholars S.M. Samii and A. Keirse have pointed out that even when a disease can be attributed to a single possible cause, as in the case of mesothelioma,[*16] it cannot be disregarded that there may be multiple sources of exposure.[*17] For instance, smoking tobacco and being exposed to asbestos dust could both cause lung cancer. There are two questions: to what extent the employer should be held liable for the employee's lung cancer and whether tobacco-smoking constitutes contributory negligence. In this case, the aetiology of the disease plays a role (see Subsections 3.1 and 3.2, below).[*18] Accordingly, in spite of the fact that both smoking of tobacco and inhalation of asbestos dust may cause cancer, we know from the statistical data that, for example, mesothelioma is caused by asbestos exposure, not by smoking: at least 90%[*19] of the cases of mesothelioma seen result from exposure to asbestos. Therefore, in my opinion, in the case of mesothelioma it is possible not to take into account the smoking history of the plaintiff and not to reduce the damages accordingly.

On the other hand, asbestosis is regarded as a cumulative or 'divisible' disease. In the case of asbestosis, unlike mesothelioma, the plaintiff should demonstrate that the concentration of inhaled asbestos dust from the air was substantial, and in this case it is possible for tobacco-smoking to constitute contributory negligence.[*20] I agree with the conclusion of the Supreme Court of Estonia that use of tobacco cannot be regarded as the plaintiff's intentional act to cause the cancer or as an ordinary risk of life for the victim; rather, it should be treated as the plaintiff's contribution to the cause of damage or increase in damage.[*21] Under §139 (3) of the LOA, in cases of health damage, the compensation for damage may be reduced only if the plaintiff showed gross negligence[*22] or intent to cause damage.[*23]

---

14 In her PhD thesis, Swedish legal scientist Lena Wahlberg gave a good example highlighting the complexity of the background risks by describing the kinds of factors that should be taken into account in solving of cases that involve uncertain causality. In the example, a 60-year-old man who has been exposed to the defendant and subsequently developed lung cancer may be known to have spent several years cooking food in a badly ventilated kitchen in Taiwan, climbed Mount Everest twice, and lived in a house with a radon issue in which he had a diet rich in vegetables. Some of these factors may be known or believed to be associated with lung cancer even if details about their interaction with the defendant's exposure are largely unknown. See L. Wahlberg (Note 2), p. 143.

15 In the UK case *Badger v. Ministry of Defence,* Mr Badger had been smoking for 45 years and had for 33 years been exposed to asbestos at work, through employer negligence. Asbestos exposure or heavy smoking is only one example of risk within the plaintiff's sphere. EWHC 2941 (QB), 16.12.2005, *Badger v. Ministry of Defence. A*vailable at http://lexisweb.co.uk/cases/2005/december/badger-v-ministry-of-defence (most recently accessed on 1.2.2014).

16 Cases of mesothelioma have been reported after household exposure of family members of asbestos workers and in individuals without occupational exposure who live close to asbestos mines, for example. Details are available at http://www.atsdr.cdc.gov/asbestos/asbestos/health_effects/index.html (most recently accessed on 12.1.2014).

17 S.M. Samii, A. Keirse (see Note 3), p. 348.

18 J. Stapleton (see Note 2), p. 1013.

19 *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*, 2002 UKHL 22; 2003, paragraph 22.

20 S.M. Samii, A. Keirse (see Note 3), p. 358.

21 The Supreme Court of Estonia has said that the plaintiff's intention to cause damage as specified in §139 (3) of the LOA refers to the victim's intention to harm himself, not intentional acts by the plaintiff that are regarded only as an additional cause of the damage. See CCSCd, 22.10.2008, 3-2-1-85-08, *K.P. v. K.L. and R.L.*, paragraph 14 (in Estonian).

22 According to the DCFR, there is negligence by the defendant if a person does not meet the standard of care that could reasonably be expected in the circumstances. See C. Von Bar, E. Clive (eds). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Vol. 4.* European Law Publishers 2009, p. 338.

23 In the case of an insubstantial possibility that the victim him- or herself too may have caused the damage, the defendant has to pay all damages under the all-or-nothing approach, in favour of the victim. The liability of the defendant is excluded if the plaintiff caused his or her health damage intentionally. CCSCd, 21.3.2007, 3-2-1-2-07, K.V. v. V., paragraph 14 (in Estonian); CCSCd, 31.5.2007, 3-2-1-54-07, I.A. v. AS V., paragraphs 12, 14 (in Estonian).

In his article on uncertain causality, T.K. Graziano asks whether it is not an ordinary risk of the victim's life that in some situations a plaintiff cannot prove a causal link with the degree of probability required by law.[*24] In the joined cases before the UK Supreme Court *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd* and *Knowsley Metropolitan Borough Council v. Willmore*[*25] (hereinafter '*Sienkiewicz*'), the victim's disease was either caused by exposure to asbestos fibres at work or caused by the background risk posed by the non-tortious low-level atmospheric asbestos dust. This means that the disease was caused either by wrongful behaviour of the defendant or by an 'innocent' cause or natural factor.[*26] In this case, the court settlement was in accordance with Article 3:106 of the PETL, according to which the victim has to bear his or her loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence, or other circumstance within his or her own sphere. Therefore, according to the PETL, a person in poor health has to bear the normal risk of living. Although the Estonian courts have said that issues with the plaintiff's state of health do not exclude the defendant's liability,[*27] the Supreme Court of Estonia has applied a principle similar to those set forth in the PETL according to which the defendant is not liable for the time during which the plaintiff's health was harmed by another source of exposure or by the defendant's lawful behaviour.[*28]

The defendant should probably not be held liable for the damage to the extent that it has been caused by the victim's noxious habits. The extent of the plaintiff's liability may be assessed on the bases of the duration and intensity of wrongdoing. Estonian law is in accordance with Article 5:102 (2) of Book VI of the DCFR[*29], stipulating that if the fault of the plaintiff is insubstantial, reparation is not to be reduced. The scholars of common law have also said that if the activity exceeds the limits set for pollution, the 'substantial factor' principle is applied in cases wherein the defendant's act is sufficient for causing the damage and at the same time there is doubt of the damage having been caused by some other factor (the act of a third party or the realisation of some other risk).[*30] The fault may be insubstantial—for instance, in the case of living in an area with low-level air pollution. It is my opinion, on the one hand, that it is not acceptable to say that living in a city environment constitutes contributory negligence or the plaintiff's intention to cause damage. This is part of the victim's normal risk of living, comparable to working in conditions wherein the employer's activities are in accordance with the law.[*31] On the other hand, one could ask whether the outcome might be different when the person begins to live or work in a heavily and unlawfully polluted area. In theory, such behaviour by the plaintiff may be treated as contributory negligence and the compensation for the damage suffered may be reduced under Subsection 139 (3) of the LOA. The amount of reduction may depend on how long the person remained in the polluted environment.

2.3. Pre-existing health conditions as a cause within the victim's sphere

The second type of case is that in which it is not possible to determine whether the disease is a result of the defendant's breach of duty, the plaintiff's pre-existing health condition (such as a chronic disease), or the plaintiff's predisposition to the illness (for example, genetic susceptibility). Estonian legal scholar

24 T.K. Graziano (see Note 4), p. 1030. I would add that smoking in itself is not an ordinary risk of life but is a risk that the plaintiff bears. An example of a natural risk of life might be a case wherein there is some pollution near the victim's home but that pollution does not exceed the established limits.

25 UKSC 10, 9.3.2011, *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd and Knowsley Metropolitan Borough Council v. Willmore*, paragraph 27. Available at http://www.theguardian.com/law/interactive/2011/mar/10/mesothelioma-school-asbestos-supreme-court (most recently accessed on 20.3.2014).

26 *Ibid*., paragraphs 61–111 (if the defendant's behaviour materially increases the risk of contracting the disease, the tortfeasor bears the responsibility); G. Wagner (see Note 6), p. 320.

27 CCSCd, 10.4.2013, 3-2-1-21-13, *D. Chechulina v. Eesti Energia Kaevandused AS*, paragraph 14 (in Estonian); CCSCd, 21.3.2007, 3-2-1-2-07, *K.V. v. V.*, paragraph 14 (in Estonian); CCSCd, 31.5.2007, 3-2-1-54-07, *I.A. v. AS V.*, paragraphs 12, 14 (in Estonian).

28 CCSCd, 13.1.2010, 3-2-1-145-09, *R.H. v. AS A.*, paragraph 15 (in Estonian); CCSCd, 15.10.2003, 3-2-1-89-03, *E. Kotkas v. ETK Majad*, paragraph 25 (in Estonian); CCSCd, 12.1.2000, 3-2-1-2-00, *N. Prueli v. The Republic of Estonia* (in Estonian); T. Tampuu. *Lepinguväliste võlasuhete õigus* ['Tort Law']. Juura 2007, p. 170 (in Estonian).

29 Draft Common Frame of Reference (see Note 8).

30 S.M. Samii, A. Keirse (see Note 3), p. 348.

31 CCSCd, 28.4.1999, 3-2-1-45-99, *A. Kägu v. AS Tartu Auto and AS Tartu Autoveod* (in Estonian); CCSCd, 22.12.2000, 3-2-1-139-00, *R. Hallik v. AS Tartu Autoremonditehas* (in Estonian). See also Note 24.

T. Tampuu has discussed the question of whether the plaintiff's unusual sensitivity to or receptiveness of the tortfeasor's unlawful act excludes causality.[*32]

Legal scholar D. Robertson has said: 'We will take into account only those threats that are so far advanced and so nearly certain at the time of the accident that any attempt to ignore their functional identity with pre-existing conditions would seem dishonest.'[*33] Another legal scholar, B. Markesinis, has pointed out that in England[*34] and the United States the tortfeasor should not be held liable for the effects of a pre-existing condition of the plaintiff. This conclusion is reasonable because if the plaintiff had a poor condition of health before the tortfeasor's unlawful act, there is no causal link between the act and the illness. However, in my opinion, whether or not the defendant's infringement of regulations worsens the plaintiff's state of health is important. T. Tampuu has argued that if the tortfeasor's act even slightly worsens the plaintiff's illness, the courts may decide that the defendant must pay some compensation.[*35] According to the practice of the Estonian courts,[*36] the defendant's liability is not excluded even if the plaintiff's health was already harmed before the defendant's behaviour.[*37] This position is in accordance with Article 4:101 (2) of Book VI of the DCFR, which stipulates that in cases of personal injury or death, the injured or dead person's predisposition with respect to the type or extent of the injury sustained is to be disregarded.[*38] I believe that, according to the DCFR, the liability of the defendant cannot be excluded for such reasons as the plaintiff's health having been weak or the victim being old and likely to have caught the illness from another source and died in the near future anyway. In common-law cases wherein the victim had been ill before the defendant's infringement of regulations, the 'eggshell skull' rule is employed. According to this rule, 'any person who injures another should not be exonerated because the victim's health was previously unsound or because the victim suffered from a physical or mental affliction [...]. A person who injures a victim in weak health cannot demand to be put in the position which would have existed if the victim had been healthy; also, in cases of psychological injury, the injury is in principle attributable to the person who inflicted the injured person's particular vulnerability'.[*39] When the eggshell skull rule is applied, the defendant has to accept the plaintiff as he or she is, taking into account his or her weak health condition.[*40] Moreover, in common law a wrongdoer must 'take his victim as he finds him'.[*41] However, the special susceptibility of the victim may be a circumstance that reduces the damages.[*42] The Supreme Court of Estonia has expressed its opinion that

32 T. Tampuu (see Note 28), p. 172 (in Estonian).

33 D. Robertson. The common sense of cause in fact. – *Texas Law Review* 75 (1997), pp. 1765, 1798, as cited in S. Deakin *et al.* (see Note 2), p. 333.

34 In the UK, the House of Lords has said that pre-existing conditions have to be taken into account for avoidance of offending the principle that a tortfeasor should not be made to pay for something that we know he had nothing to do with. See the 1982 review of *Jobling v. Associated Dairies* available at http://www.e-lawresources.co.uk/Jobling-v-Associated-Dairies.php (most recently accessed on 10.12.2013).

35 T. Tampuu (see Note 28), p. 173 (in Estonian); see Subsection 127(6) of the LOA.

36 CCSCd, 16.6.2010, 3-2-1-55-10, *R.D. v. The Republic of Estonia*, paragraph 30 (in Estonian).

37 CCSCd, 22.5.2003, 3-2-1-50-03, *L. Madisson v. AS Estonian Match, AS Paide KEK and the Republic of Estonia*, paragraph 31 (in Estonian). In my considered opinion, the above-mentioned court position may be correct under some circumstances, but the opinion on the referred case 3-2-1-50-03 (para. 31) does not say that the employer's liability is not excluded if the employee had been ill before the hiring. However, it does state that the fact that the plaintiff was in poor health before the plaintiff started the work does not exclude the employer's unlawful behaviour. It says nothing about excluding liability and causality. Therefore, courts have to assess whether the employer's unlawful behaviour can worsen the plaintiff's health or not. If the plaintiff's health worsens during work at the employer's work location, a causal link exists between the infringement of regulations by the employer and the deterioration in the employee's health.

38 DCFR. Available at http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=400270 (most recently accessed on 5.11.2013).

39 DCFR (see Note 8), pp. 3573–3574.

40 T. Tampuu (see Note 28), pp. 172–173 (in Estonian).

41 DCFR (see Note 8), p. 3592.

42 The fact that the plaintiff's health was damaged before he started to work at AS Eftico does not exclude the defendant's unlawful behaviour. If the plaintiff's own gross negligence created predisposition to the increase in damage, the court may reduce the compensation for damage or refuse to award compensation, with the exact outcome depending on the level of the plaintiff's guilt. See CCSCd, 22.5.2003, 3-2-1-50-03, *L. Madisson v. AS Estonian Match, AS Paide KEK and the Republic of Estonia*, paragraph 31 (in Estonian). The plaintiff's prior health condition is under question in the case of assessment of the extent of paying damages. What to do is debatable in a situation wherein the victim's health was damaged before the defendant's act when the additional damage is not reparable without payment of full compensation. According to the Supreme Court of Estonia, it is not possible to reduce the excess in the compensation under Subsection 127(5) of the LOA – the Supreme Court of Estonia has found that a situation wherein it is not possible to remove the consequences of the plaintiff's health damage without improving the previous health condition of the plaintiff should be treated as forced enrichment. See CCSCd, 25.3.2013, 3-1-1-31-13, *D.V. v. Andrei Katsov*, paragraph 12 (in Estonian).

one of the circumstances within the victim's sphere that exclude or reduce the defendant's obligation to pay compensation for harm to health is the plaintiff's age.[*43] If the plaintiff would have lost his or her income on account of his or her advanced age irrespective of the infringement of regulations by the defendant, then it may be unfair to claim damages (for loss of income) from the employer. In that case, the plaintiff has no obligation to prove that his or her age (or previous health condition) was not the cause of the damage.[*44] In cases of uncertain causation, the plaintiff's burden of proof is not usually as strict as in other tort cases. Therefore, easing the plaintiff's onus of proof by reversing the burden of proof[*45] is one possibility for enabling the victim to get compensated where there is uncertain causation within the victim's sphere. Subsection 139 (1) of the LOA stipulates that if damage is caused in part by circumstances dependent on the injured party or due to a risk borne by the injured party, the amount of compensation for the damage shall be reduced to the extent that said circumstances or risk contributed to the damage. The outcome may be unclear if the defendant argues that the damage was caused by a circumstance lying within the victim's sphere. There is some question as to who has to prove the claim. If the defendant appeals to §139 (3) of the LOA, the defendant has to prove his or her arguments,[*46] although the victim is the one who possesses knowledge and documents pertaining to his or her state of health. My point of view is that the courts should consider the option of partially easing the defendant's burden of proof only in certain cases—for instance, if it is impossible or very complicated for the defendant to prove that his or her own behaviour was not the cause of the damage and that the reason for the harm was the other set of circumstances. Usually, the scope of the damage and the party causing it are not clear and, therefore, courts should estimate the degree of probability of potentially health-damaging combining circumstances or a risk in the victim's sphere causing the damage.[*47] In my opinion, it should be considered whether the Law of Obligations Act of Estonia should be supplemented with a provision that stipulates the following: in those cases wherein the plaintiff can verify only the probability that the defendant has caused the death or health damage suffered by the victim, the court should award compensation in accordance with the degree of probability of the defendant having caused the damage.

The defendant's obligation to pay damages and the amount of that compensation depend on the theories chosen for application—for example, whether the all-or-nothing or the proportional-liability approach is used.

3. Theories of paying damages

3.1. Declining use of the all-or-nothing approach

According to legal scholar K. Oliphant, most European countries and the United States have been using the all-or-nothing principle when awarding damages.[*48] However, as is shown below, this tendency is changing.

The established threshold for certainty varies with the country. Often, UK courts[*49] have discussed cases of uncertain causation. In the common-law literature, there are various standards of proof, among them 'the preponderance of the evidence'[*50], also known as the balance of probabilities, and 'a reasonable

43 CCSCd, 14.10.2003, 3-2-1-92-03, *V. Kivi v. AS ETK Leib* (in Estonian).

44 M. Faure. Causal uncertainty, joint and several liability and insurance. – H. Koziol, J. Spier (eds). *Tort and Insurance Law*, Vol. 10. Springer 2003, p. 82. – DOI: http://dx.doi.org/10.1007/978-3-7091-6094-7_6. See also the following cases of the Supreme Court of Estonia: CCSCd, 6.10.2010, 3-2-1-68-10, *V.U. v. The Republic of Estonia,* paragraph 10; 7.11.2002, 3-2-1-107-02, *Stanislav Adamtsevits v. AS Dvigatel,* paragraph 7; 14.10.2003, 3-2-1-92-03, *Vilma Kivi v. AS ETK Leib,* paragraphs 26, 27; 26.9.2006, 3-2-1-53-06, *A.S. v. AS E.,* paragraph 11 (all in Estonian); CCSCd, 3.10.2006, 3-2-1-78-06, *H.M. v. AS V.*, paragraph 13 (in Estonian).

45 CCSCd, 7.12.2011, 3-2-1-68-11, *V.G. v. The Republic of Estonia*, paragraph 10 (in Estonian); CCSCd, 9.5.2012, 3-2-1-51-12, *N. Grigorjev v. Narva Elektrijaamad AS*, paragraph 11 (in Estonian).

46 See also P. Varul *et al. Law of Obligations Act I*. Tallinn 2006, Section 139, Comment 4.6 (in Estonian).

47 *Ibid.*

48 K. Oliphant. Uncertain factual causation in the third restatement: Some comparative notes. – *William Mitchell Law Review* 37 (2011)/3, p. 1624.

49 For example, the standard of proof in German law is 'beyond reasonable doubt' (50 or 51 per cent is not set as a threshold). See G. Wagner (Note 6), p. 319.

50 B. Black, D.E. Lilienfeld. Epidemiologic proof in toxic tort litigation – *Fordham Law Review* 52 (1983–1984), p. 735.

degree of certainty'.[*51] Formerly, the plaintiff, who bore the burden of proof, had to make his or her case to the 'more probable than not' or 'more likely than not' standard; the plaintiff had to demonstrate that his or her case as put forth was probable[*52], not merely possible.[*53] The all-or-nothing approach does not take into consideration the calculated probability that the defendant caused the damage.[*54] Legal scholars S.M. Samii and A. Keirse have opined that the all-or-nothing approach will inevitably foster a tipping point between all and nothing. They find that this tipping point is then hard to find, asking: 'How likely must the probability be for the risk of the entire damage compensation to be placed with the tortfeasor, or how unlikely should this probability be for the compensation of the damages suffered by the victim to be dismissed altogether?'[*55]

In cases of uncertain causation, in addition to reallocating the burden of proof, courts should ease the CSQN test in plaintiffs' favour.[*56] According to the European Court of Human Rights (hereinafter 'the ECHR'), the causal link is qualified as 'clear', 'direct', or 'sufficient'; the link cannot be too remote.[*57] In the English case *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*[*58] (hereinafter '*Fairchild*'), the House of Lords relaxed the usual 'balance of probabilities' test and substituted the test of 'materially increasing risk of harm'[*59] of disease when establishing the causation requirement. This rule, referred to as the *Fairchild* exception[*60], addresses the impossibility of proving causation. The case represents a new direction in solving cases of uncertain causality. The *Fairchild* exception also covers situations of uncertainty wherein the harm was caused by a single potential tortfeasor, the claimant himself, or a natural cause.[*61] The Supreme Court of Estonia has used the term 'may hold': causation is established if the defendant's behaviour is in such a connection with the plaintiff's damage that the damage may hold the consequence of the defendant's behaviour.[*62] The term 'may hold' is similar in practice to 'is probable'.

Although the 'materially increase the risk' test itself enables easing of the causality requirement, there are various legal devices under the all-or-nothing approach in addition to material increase in the risk, among them shifting the burden of proof and the 'doubling the risk' test, that may lead to awarding compensation for all the harm suffered by the claimant even if there is no doubt that the tortfeasor may not have caused it in full or at all.[*63] A good example is *Sienkiewicz*[*64], in which a likelihood existed that the cause of the damage was within the victim's sphere, of such a nature as atmospheric exposure, but the defendant still was held liable for the entirety of the damage. Accordingly, the *Fairchild* exception is not applicable where one source of the risk of the injury, such as atmospheric exposure, is known to have been an innocent source unrelated to the defendant.[*65] As is established above, today's epidemiological data allow stating in

51 F. Sobczak. A comparison between Dutch and English laws with regard to the problem of multiple causation in asbestos-related cases. – *European Review of Private Law* 2010/6, p. 1164.

52 M. Parascandola. Evidence and association: Epistemic confusion in toxic tort law. – *Philosophy of Science* 63 (1996), p. 169. – DOI: http://dx.doi.org/10.1086/289949.

53 G. Wagner has provided the following good example with respect to the 'more probable than not' theory: 'If the background risk of contracting mesothelioma is 30 per million, and the exposure for which the tortfeasor is responsible increased it to 52 per million, then the likelihood of a given victim contracted to the disease from occupational exposure is 30 of 52 or 57.69 per cent and thus it is more likely than not that the exposure was the reason for the harm' (G. Wagner (see Note 6), p. 324).

54 L. Bieri, P. Marty. The discontinuous nature of the loss of chance system. – *Journal of European Tort Law* 2 (2011), p. 24. – DOI: http://dx.doi.org/10.1515/jetl.2011.23.

55 S.M. Samii, A. Keirse (see Note 3), p. 370; F. Sobczak (see Note 51).

56 S. Deakin *et al*. (see Note 2), p. 324.

57 A. Fenyves *et al*. (see Note 1), p. 467.

58 *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* (see Note 19), AC 32.

59 "Materially increased the risk of the victim of suffering the harm" means that as long as it has not been *de minimis* then no matter how small this increase has been, the defendant can be held liable for the whole harm suffered by the claimant' according to M.-M. Casals (see Note 10), p. 309.

60 The *Fairchild* exception treats the risk of contracting mesothelioma as the damage, according to T. Weir. *Making It More Likely Versus Making It Happen*. The Cambridge Law Journal (2002), p. 519. Available at http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=138011&fileId=S0008197302301703 (most recently accessed on 3.3.2014).

61 G. Wagner (see Note 6), p. 327.

62 CCSCd, 7.12.2011, 3-2-1-68-11, *V.G. v. The Republic of Estonia*, paragraph 12 (in Estonian); CCSCd, 6.10.2010, 3-2 1-68-10, *V.U. v. The Republic of Estonia*, paragraph 10 (in Estonian).

63 M.-M. Casals (see Note 10), p. 310.

64 UKSC 10, 9.3.2011, *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd* and *Knowsley Metropolitan Borough Council v. Willmore* (see Note 25).

65 J. Stapleton. Loss of the chance of cure from cancer. – *The Modern Law Review* 2005, p. 1002. – DOI: http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-2230.2005.570_1.x.

the case of some specific diseases that, for instance, only one type of dust might cause the relevant disease. From my point of view, in the case of such diseases it may be suitable to apply the all-or-nothing principle. For example, the all-or-nothing principle may be applicable in the case of mesothelioma, because even one-off, low-level asbestos exposure can cause this form of lung cancer.[*66] On this basis, it can be said that, generally, in cases of indivisible injuries the defendant may be held liable for the whole of the damage.

The Supreme Court of Estonia has settled one case that is tied in with the all-or-nothing approach. The court found a doctor's findings on health damage and the defendant's activities exceeding pollution limits not to be substantial as proof establishing causation between the tortfeasor's behaviour and the damage.[*67] The doctor had concluded that the disease suffered was a result of the relevant supermarket's activities (noise, exhaust, and odours)[*68] that breached the required standards and exceeded permitted limits. The Supreme Court of Estonia found that the plaintiff had not proved his argument that the defendant's breach of duty caused the disease. In this case, the *Fairchild* exception could have been applied. It specifies that if the defendant's unlawful activity materially increases the risk of the plaintiff contracting the disease, causation is established. A case similar to the Estonian one is the UK's *McGhee v. National Coal Board*[*69] case, in which it could not be clearly established with medical evidence that the plaintiff would have suffered the health damage anyway.[*70] In this case, Lord Wilberforce said: 'Where a person has, by breach of duty of care, created a risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by the defendant unless he shows that it had some other cause.' It is thus that the decision in the above-mentioned case heard by the Supreme Court of Estonia does not take into account the fact that this is an uncertain causality case and the requirement that the plaintiff must establish causation should be eased. Therefore, the Supreme Court of Estonia resorted to the all-or-nothing approach. However, from my point of view, estimating the liability on the basis of probabilities might offer a better solution. The all-or-nothing rule may not be equitable for the plaintiff or the defendant in cases of uncertain causation. Application of that approach may lead to compensation for the harm that is not caused by the defendant, or, conversely, the plaintiff may not receive any compensation at all if unable to establish causality with the required level of certainty. All in all, if the all-or-nothing approach is used, the final decision is not going to be equitable for the parties.

3.2. Liability based on probability

3.2.1. Use of the theory of probability to estimate causality

One way of reducing the plaintiff's burden of proof of causation is to apply liability theories based on probabilities instead of awarding compensation for all of the damage.[*71] The *Fairchild* decision says that each defendant should be held liable only in proportion to his or her degree of fault, in accordance with the duration and intensity of the exposure for which he or she was responsible.[*72] For instance, experts might assess there to be, say, a 30% probability that a certain activity may cause a specific health consequence for a particular individual. This probability is referred to in the literature as the 'probability of causation' and can be estimated by dividing the excess risk by the sum of the background risk and the excess risk.[*73] This probability can be used for determining whether victims shall receive compensation and how much.[*74] Payment of damages should, therefore, be divided between or among potential tortfeasors in proportion to the probability of each having caused the harmful event.[*75] Nowadays, Estonian courts have been applying

66 Health Council of the Netherlands. *Asbestos: Risks of Environmental and Occupational Exposure*. The Hague, Publication 2010/10, pp. 19–20; S.M. Samii, A. Keirse (see Note 3), p. 345.

67 CCSCd, 28.5.2008, 3-2-1-43-08, *Viktor Petkevitš v. Maxima Eesti OÜ* (in Estonian).

68 Furthermore, the ECHR has found that the noise, odour, and fumes from a local municipality's waste-treatment plant deprived the applicant of the effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life. See the case *Lopez Ostra v. Spain*, 9.121994, no. 16798/90, paragraph 65.

69 S. Deakin *et al*. (see Note 2), p. 250.

70 *Ibid*., p. 249.

71 T.K. Graziano (see Note 4), p. 1019.

72 S. Deakin *et al*. (see Note 2), p. 255

73 M.-M. Casals (see Note 10), p. 305.

74 R. Young *et al*. (see Note 12), p. 517.

75 S. Shavell. Uncertainty over causation and the determination of civil liability. – *Journal of Law and Economics* 1985, pp. 587–609 – DOI: http://dx.doi.org/10.1086/467102; R. Young (see Note 12), p. 508.

proportional liability in cases of health damage.[*76] Even though most of these cases deal with two or more potential tortfeasors, the principles used in partial-liability theories should be suitable for application also in cases wherein the uncertain cause appears within the victim's sphere. The Supreme Court of Estonia has explained: 'In cases of unclear division of liability, courts should award compensation for damage in proportion to the probability that the person in question had probably caused the damage.'[*77] This decision is in accordance with Article 3:103 (1) of the PETL, which stipulates that, in cases of multiple activities that each alone would have been sufficient to cause the damage wherein uncertainty remains as to which one actually caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the harm to the victim. It may be possible to use this approach by analogy in cases involving the victim's sphere, as the latter also involve multiple possible sources of damage. Whether the uncertain causes come from the victim's or a third party's sphere should not make any difference.[*78]

However, there is a different view on 'probabilistic causation', taking a radical form in common law. That theory is explained thus: 'It would hold the defendant whose wrongful conduct is shown to have cost the victim an appreciable but lower than 50 per cent chance of avoiding the injury in question liable for full damages.'[*79] As B. Markesinis has noticed, '[o]nly a small minority of analysts think this approach has much promise'. I agree with that perspective, because it is unfair to compensate for all of the damages in cases wherein there was a lower than 50% chance of avoidance of the injury.

As the all-or-nothing approach is applicable in the case of so-called indivisible injuries (usually in such cases as that of mesothelioma, caused by the living or work environment), the principles of liability based on probabilities are applicable in the case of divisible injuries such as asbestosis, with the tortfeasor being liable only for the proportion of the damage that would not have occurred without the defendant's breach of duty.[*80] Divisible injuries may be caused by the noxious habits of the plaintiff, the living or work environment, or predisposition of the plaintiff. In the case of asbestosis, unlike that of mesothelioma, it should be shown that the concentration of inhaled asbestos dust in the air was substantial; accordingly, the plaintiff's burden of proof is stricter than in the case of mesothelioma.[*81] In cases of divisible injuries, the LOA does not exclude application of partial liability based on probabilities. Therefore, it is my clear and considered opinion that Estonian courts should apply liability theories based on probabilities in most cases of uncertain causation. Indivisible diseases, however, should constitute an exception.

3.2.2. Different versions of liability based on probabilities

The Estonian courts also have abided by the principle that in the case of every single victim, the court has to estimate the probability that the defendant has caused the damage and require compensation for the damage in proportion to the probability of causation.[*82] However, some scholars propose that even when the proportional-liability theory is used, there may be a threshold below which the damage would have to be ignored (as purely hypothetical damage)[*83] and another threshold above which full compensation could be awarded (where the probability reaches 90% or more).[*84]

One possibility for resolution of uncertain causation cases is to use the 'loss of chance'[*85] test[*86], in which the damage suffered is calculated in accordance with the percentage of the chance lost.[*87] The loss-of-chance theory is suitable for victims who cannot, by using the balance of probabilities, prove that the defendant's behaviour caused the damage but who may be able to prove that they lost a chance to avoid the

76 CCSCd, 16.6.2010, 3-2-1-55-10, *R.D. v. The Republic of Estonia*, paragraph 30 (in Estonian); CCSCd, 21.5.2002, 3-2-1-56-02, *OÜ Murbaran v. AS Remet and OÜ Stenhus*, paragraph 24 (in Estonian).

77 CCSCd, 21.5.2002, 3-2-1-56-02, *OÜ Murbaran v. AS Remet and OÜ Stenhus*, paragraph 24 (in Estonian).

78 PETL (see Note 7), Article 3:102, Comment 8.

79 S. Deakin *et al.* (see Note 2), p. 326.

80 J. Stapleton (see Note 5) as cited in S. Deakin *et al.* (see Note 2), p. 1012.

81 S.M. Samii, A. Keirse (see Note 3).

82 F. Sobczak (see Note 51), p. 1165.

83 M.A. Jones. *Textbook on Torts*, 8th ed. Oxford: Oxford University Press 2002, pp. 231, 245.

84 T.K. Graziano (see Note 4), p. 1039.

85 To the best of my knowledge, Estonian courts have not discussed the loss-of-chance theory yet.

86 T. Tampuu (see Note 28), p. 174; S. Deakin *et al.* (see Note 2), pp. 325–327.

87 M.A. Jones (see Note 83), p. 243.

damage. In my opinion, the plaintiff could say, for example, that if he had worked in conditions complying with the law there was a 75% chance of not falling ill with asbestosis or that he has lost a reasonable chance of employment.[*88] We should also ask what would have happened in the absence of negligence[*89]—e.g., if the failure to provide healthy work conditions caused the plaintiff's asbestosis. I argue that in the case of mesothelioma the theory of loss of a chance is not appropriate if the plaintiff had the mesothelioma before the defendant's breach of duty. But in the case wherein the plaintiff's health worsened after the defendant's infringement of regulations, it may be possible to apply the loss-of-chance theory. One example is the scenario in which the employer's breach of occupational safety regulations caused the deterioration in the plaintiff's health. Before the breach of duty, the probability of worsening of the victim's health was 50%. The defendant may compensate the plaintiff for the 50% chance of maintaining the health condition he or she had before. In medical malpractice cases,[*90] the object of protection is the victim's chance of recovery rather than the victim's health.[*91] The theory may be applicable also in toxic tort cases,[*92] apart from those cases wherein the person's health was damaged before the defendant's breach of duty.[*93] Accordingly, the claim is likely to fail if a plaintiff demands application of the principle of loss of a chance when claiming that he would have been cured if it were not for the defendant's act.

I conclude, however, that the loss-of-chance theory may be applicable in cases involving unreasonable risky behaviour of the victim (e.g., not using proper protective equipment), noxious habits of the victim (ignoring risks and safety measures), and background risks (such as ambient air pollution). Even if possibly health-damaging circumstances are present, the plaintiff would have had a chance to avoid damage were if not for the defendant's harmful act. I conclude, however, that the loss-of-chance theory may be applicable in cases involving unreasonable risky behaviour of the victim (e.g., not using proper protective equipment), noxious habits of the victim (ignoring risks and safety measures), and background risks (such as ambient air pollution). Even if possibly health-damaging circumstances are present, the plaintiff would have had a chance to avoid damage were if not for the defendant's harmful act.Where there is a pre-existing health condition or a predisposition to the relevant illness, it should be assessed case-specifically whether there would have been any chance of avoiding the damage. For example, people who are more susceptible to cancer, such as those with weaker physiological protection mechanisms or a genetic predisposition to it, might get cancer while others do not.[*94]

The English courts have applied the loss-of-chance test in the context of a 'more probable than not' test.[*95] Similarly to that with proportional liability, a threshold approach is proposed (when the probability reaches 90% or more, full compensation could be awarded).[*96] In a contrast to the proportional-liability theory, in application of the loss-of-chance test, a threshold below which the damage would have to be ignored is not in use; in order to avoid paying, the defendant must show that the plaintiff had no chance to

88 *Ibid*., pp. 243–246.

89 *Ibid*., p. 245.

90 *Hardy v. Southwestern Bell Telephone Co*., 910 P 2d 1024 (1996) as referred to in S. Deakin *et al.* (see Note 2), p. 327.

91 T.K. Graziano (see Note 4), p. 1022; S. Deakin *et al.* (see Note 2), p. 325.

92 One example of a medical malpractice case is the situation wherein a delay in diagnosis increases the likelihood of the disease leading to death, and an example of a toxic tort case is a situation in which a factory's polluting activity increases the risk of contracting of the disease suffered by the plaintiff. It may be very difficult or even impossible to establish whether the damage still would have occurred if the disease had been diagnosed sooner or if the employer had not acted negligently. Although we do not know whether the damage would have occurred without the defendant's behaviour as posited, in either case there is usually no doubt that the victim has lost the chance to avoid the disease. See T.K. Graziano (Note 4), pp. 1011–1012.

93 J. Stapleton (see Note 5), p. 1002. If the plaintiff had an incurable disease prior to the defendant's act, then the wrongdoer did not deprive the plaintiff of the possibility of maintaining his or her condition of health. For a valid claim to be submitted, actual damage to health must have occurred. If the possibility of preventing the health damage was reduced but no damage has been caused, it is not possible to claim damages. See K. Oliphant (Note 48), p. 1623.

94 B.T. Mossman *et al.* Particle and fibre toxicology (2007). Available at http://www.particleandfibretoxicology.com/content/4/1/4 (most recently accessed on 10.4.2014); See also M. Carbone, *et al.* A mesothelioma epidemic in Cappadocia: scientific developments and unexpected social outcomes. Nature Reviews Cancer (2007). Available at http://www.nature.com/nrc/journal/v7/n2/full/nrc2068.html (most recently accessed on 2.4.2014) – DOI: http://dx.doi.org/10.1038/nrc2068.

95 *Ibid*., p. 1024.

96 L. Bieri, P. Marty (see Note 54), pp. 24–28.

avoid the damage.[*97] Hence, theoretically the loss-of-chance theory may be appropriate in cases wherein we cannot prove that a posited event happened or the probability of it having occurred is very low.[*98]

I agree with T.K. Graziano, who finds that in cases of purely hypothetical damage, probabilities that remain below a certain borderline level would have to be ignored for practical reasons and for purposes of reduction of administrative costs.[*99] B. Markesinis has pointed out: 'The arguments against using loss of a chance theory are that this will lead to a multiplicity of new claims, giving rise to fresh evidential difficulties and complicating the relationship between different heads of damage.'[*100]

Scholars of common law have calculated the loss of a chance in several ways. One approach is very simple: if the probability of causation is, let us say, 40%, the person has lost a 40% chance of survival in consequence of the defendant's behaviour, and loss of a chance for the victim to recover or to survive is in itself damage subject to compensation.[*101]

The second approach taken with the loss-of-chance theory is more complicated. For example, let us assume that the probability of causation is 92%. Without polluting activity, there was a three per cent probability of the victim falling ill with cancer. On account of the defendant's breach of duty, there is a 39% probability of the plaintiff falling ill with cancer. The probability that the damage has arisen because of the defendant's breach of duty is 92%, and the defendant has to pay the damages in full (100%). If the probability that the victim is suffering from cancer because of the tortfeasor's breach of duty is instead 89% (if the probability of cancer without the defendant's behaviour is now four per cent[*102]), then application of the loss-of-chance theory would mean that the defendant has to compensate for 50% (61% less 11%) of all the damages. At the same time, if proportional liability is applied, the defendant has to pay 89% of the total amount of damages.[*103] As can be seen from the above example, if the probability of damage is below 90%, the amount of compensation may be smaller with the loss-of-chance theory than when proportional liability is applied. One can see that the outcomes differ between the loss-of-chance and proportional-liability theories.[*104] Because the loss-of-chance theory takes into account more risk factors, with their associated probabilities (the probability with and without the defendant's actions in question), the outcome may be more accurate than when the probability theory is used. Therefore, the loss-of-chance approach tends to be even more equitable for the two parties than the proportional-liability theory is, and Estonian courts may consider its application in cases involving uncertain causation within the victim's sphere.

4. Conclusions

Establishing causality is problematic when there are uncertain causes within the victim's sphere. Courts have to make decisions in situations wherein, on the one hand, a susceptible person has to bear the normal risk of living and, on the other hand, the plaintiff's state of health does not exclude the defendant's liability. For example, in the case of noxious habits of the plaintiff, the victim's opportunity to receive compensation may depend on the type of the disease—whether it is divisible or indivisible. In cases of divisible diseases, damages may be reduced if the plaintiff's contributory negligence or the victim's intent to cause damage can be shown. According to common law, however, if the plaintiff's fault was insubstantial, the reparation is

97 J. Tibballs. Loss of chance: A new development in medical negligence law. – *The Medical Journal of Australia* 187 (2007)/4, p. 235. Available at http://www.mja.com.au/public/issues/187_04_200807/tib10462_fm.html#0_pgfId-1091805 (most recently accessed on 10.4.2013).

98 M.A. Jones (see Note 83), p. 245.

99 T.K. Graziano (see Note 4), p. 1039.

100 S. Deakin *et al.* (see Note 2), p. 264.

101 T.K. Graziano (see Note 4), pp. 1022–1027.

102 The value is changed from three per cent because it is important for the outcome percentage to be below 90% in this example.

103 L. Bieri, P. Marty (see Note 54), pp. 24–28; D. Sõritsa. The health care provider's delictual liability. Master's thesis, 2012, p. 48 (in Estonian).

104 *Ibid.,* p. 24. In the case of the loss-of-chance theory, the uncertainty is as to what would have happened in the absence of negligence (hypothetical fact). In the case of the probability theory, the uncertainty is as to a past fact—e.g., whether the defendant's negligence caused the plaintiff's loss of action. Regardless of this fact, it is said to be doubtful that the distinction between past and hypothetical facts constitutes an actual difference between those theories, because the past questions (e.g., whether the infringement of compulsory regulations caused the victim's health damage) depend on the answer to the hypothetical question (that of whether he or she would have abided by the rules). See also M.A. Jones (Note 83), p. 245.

not to be reduced. Following the reasoning applied in this paper, I have come to the conclusion that in cases of indivisible diseases such as mesothelioma, it may not be possible to take into account such elements as the smoking history of the plaintiff and refuse to reduce damages accordingly. Therefore, the all-or-nothing approach is applicable in such a case. Furthermore, the plaintiff's weak health and predisposition to the illness do not automatically exclude the liability of the defendant. In cases of divisible diseases such as asbestosis, the loss-of-chance theory may be the most suitable. Therefore, it is my considered opinion that Estonian courts should apply liability theories based on probabilities in most cases of uncertain causation that involve divisible diseases.

Finally, in not all of the medical malpractice and toxic tort cases coming before it has the Supreme Court of Estonia taken into account the *Fairchild* exception, according to which the victim has to show that the defendant's behaviour 'materially increased the risk' of contracting the disease and need not prove a strict causal link between the defendant's unlawful act and the plaintiff's damage. The Supreme Court of Estonia has demanded that the plaintiff establish a strict causal link in one case of uncertain causation discussed in this paper. Since the Supreme Court of Estonia has said little about uncertain causation, especially with respect to decisions dealing with uncertain causes within the victim's sphere, it is important for the Estonian courts to take into account the principles provided for in the PETL, the DCFR, and decisions in common law.

http://dx.doi.org/10.12697/JI.2014.21.20

Gaabriel Tavits

Docent of Labour and Social Security Law
University of Tartu

The Right to Collective Action in Labour Relations in Estonia: Is the Right to Organise a Strike Guaranteed?

1. Introduction

The right to strike is an integral part of contemporary labour law. This right has been recognised as an important human right and also been considered to be an integral element tied in with the procedure required for concluding a collective agreement.[*1] In the modern information society, however, one might ask whether such an option is necessary or even feasible.

Collective actions in labour relations have suffered their first setback in the European Union with the *Laval* case, through which the European Court of Justice (ECJ) accorded the freedom of the free movement of services higher priority than the right to organise collective actions in labour relations, both established also by the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

In the negotiations in Estonia between shipping company AS Tallink and the Seafarers Union, the public conciliator stated that the strike is an outdated tool for settling labour relations and that it hinders normal economic development.[*2]

Concurrently, changes in the workplace and work performance as a whole have to be taken into consideration. As workplaces are going to change rather than disappear and it is not always possible to replace everything with electronic means, the changes in workplaces have to be considered[*3] in connection with the phenomenon of collective measures, which were originally intended for the context of the Industrial Revolution, and may not function in the contemporary work environment.

Draft legislation on collective agreements and collective labour disputes now being prepared in Estonia foresees certain regulations for the organisation of collective action, including strikes, support strikes, and

---

1 Although it was possible to carry out negotiations before concluding a collective agreement in Soviet times, those negotiations were not considered democratic, since no strikes or lock-outs could be organised.

2 H. Pärn. Streik on iganenud manufaktuuriaegne nähtus ['Strike is an old-fashioned method']. – *Päevaleht: Ärileht*, 20 January 2014. Available at http://arileht.delfi.ee/news/uudised/henn-parn-streik-on-iganenud-manufaktuuriaegne-nahtus.d?id=67640624 (most recently accessed on 18.5.2014) (in Estonian).

3 J.C. Meister, K. Willyred. *2020. aasta töökoht*. HarperCollins 2010 (translation into Estonian of The 2020 Workplace by Publication Hermes 2010).

lock-outs.[*4] At the same time, Estonian employers hold the view that support strikes are not necessary and do not fully comply with the definition of a strike.[*5]

In recent years, the employers' organisations on international level have made the statement, that there is no right to strike set forth in the International Labour Organization (ILO) conventions and that, therefore, the Committee of Experts on Application of the ILO Conventions and Recommendations (hereinafter 'CEACR') cannot establish the definition of a strike and its characteristics[*6].

All the above-mentioned trends lead us to wonder whether the strike and other collective action have any international legal background and how the national state should react in this situation. Also important is the question of whether the strike or lock-out is necessary as the development of society grows more and more digitalised and when a classical strike—stoppage of the work—no longer qualifies as the most appropriate measure for helping the employees to ensure the hearing of their demands in relation to their employment.

This article considers the following aspects of collective action. Firstly, the question about the right to strike shall be examined. The question is considered of whether on the international level a right to strike exists or not. After general consideration of a right to strike, the situation in the Estonian legal system is analysed. As there is a reform of collective labour relations in progress in Estonia, the article also considers the main question surrounding collective actions in this context in Estonia—the question of the legality of the support strike. Are support strikes allowed, and does the organisation of a support strike necessitate any specific international regulations or should this issue be resolved on national level?

2. The right to organise collective action as a generally recognised human right

The right to organise collective action, to stand up for the rights of the employers and employees, has not been regulated in detail by international labour law. Also, that body of law pays more attention to the right of trade unions and employees to organise a strike, while the employer's right to organise a lock-out has been discussed very modestly.[*7]

Employees' right to organise collective action is reflected in the Universal Declaration of Human Rights[*8]. According to Article 23 (4) of that declaration, everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests. As membership in a trade union is often connected with the right to organise collective actions, including the organisation of a strike, we may state that the Universal Declaration of Human Rights has indirectly recognised a right to strike. Concurrently, an employer right to organise a lock-out has not been regulated by the Universal Declaration of Human Rights to any extent whatsoever.

Among documents issued by the United Nations (UN), the Covenant of Economic, Social and Cultural Rights has to be mentioned. According to the provisions of its Article 8 (1), an employee has a right to organise strikes, but the organisation of any strike has to be in compliance with national legislation.[*9] In principle,

4 Kollektiivlepingu ja kollektiivse töötüli lahendamise seadus (Collective Agreements and Collective Labour Disputes Act), draft. Available at http://www.riigikogu.ee/?op=ems&page=eelnou&eid=37dcf358-840a-4258-aa98-c3e9551a948c& (most recently accessed on 15.5.2014) (in Estonian).

5 Ametiühingud ja tööandjad jätkavad ühise lahenduse otsimist streigiõiguste ja kokkuleppevabaduse teemasl ['Trade unions and employers continue to find solutions for a right to strike and freedom of agreements'], 5 September 2014. Available at http://www.tooandjad.ee/et/kompetents/uudised/17400-ametiuehingud-ja-toeoeandjad-jaetkavad-uehise-lahenduse-otsimist-streigioiguste-ja-kokkuleppevabaduse-teemal (most recently accessed on 14.5.2014) (in Estonian).

6 See 'The employers' position on the right to strike and the International Labour Organization', a piece available at http://www.business-swaziland.com/new/images/ioe%20-%20right%20to%20strike.pdf (most recently accessed on 11.5.2014).

7 J.-M. Servais. The ILO and the freedom to strike, pp. 2–4. Available at http://*www.law.utoronto.ca/documents/ conferences2/StrikeSymposium09_Servais.pdf* (most recently accessed on 14.4.2014); K.N. Gusov, N.L. Ljutov. *Mezdunarodnoe trudovoe pravo*. Moscow: Prospekt 2013, pp. 221–237; B. Gernigon *et al*. ILO principles concerning the right to strike. ILO 2000.

8 Universal Declaration of Human Rights, available at http://www.un.org/en/documents/udhr/ (most recently accessed on 12.5.2014), Article 23 (4).

9 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, available at http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx (most recently accessed on 14.5.2014), Article 8 (1).

this means that the regulation of the right to organise a strike is allowed but every UN member state has a right to establish conditions and restrictions to be followed in organisation of a strike.

The ILO has not directly stipulated that a right exists for employees and employers to apply collective measures to defend their rights. The Committee on Freedom of Association (hereinafter 'CFA') established by the ILO has stated a set of principles according to which the right to strike has to be guaranteed in all countries, along with principles that have to be followed in the organisation of a strike[*10]; however, no specified legal basis that could be violated has been accepted on the international level. According to the CFA, the right to organise collective action is closely connected with the right to hold the consultations and negotiations required before entry into a collective agreement.[*11] In the conventions provided by the ILO, no reference can be observed to collective actions, including a right to strike.[*12]

The ILO has been dealing with the issues of strike for several decades. It has to be admitted that in the two most fundamental conventions on freedom of association (convention 87, about protection of the freedom of association and the right of association[*13], and convention 98, about the right of organisation and collective bargaining[*14]) include no definition of the word 'strike' or language referring to a right to strike. For this reason, it may be stated that the situation is rather ambiguous, as the ILO accepts the ideology of industrial action and the practice is based on the explanations of the two main supervisory authorities—of the CFA and the corresponding suggestions and opinions of the CEACR, required to guarantee the adoption of conventions and recommendations—which seem to be based on convention 87 and less on convention 98, where no such word as 'strike' is used. Here, it must be pointed out that both of these institutions deal in recommendations and opinions, because the above-mentioned authorities have no right to interpret the work standards established by the ILO. There is no doubt that the ILO, in co-operation with its supervisory authorities, has a sovereign right to establish the principles for organisation with respect to execution of any right to strike. At the same time, the desire to find a reference to international contracts causes doubt—again, the word 'strike' is not to be found in conventions 87 and 98; nor do these conventions make any provisions regulating the issue. In consequence, the carrying forward of the right to collective action on the basis of the standards established by the ILO or UNO is problematic.

The International Organisation of Employers (IOE) made its view apparent in 2012 that, as there is no right to strike under the ILO conventions, it is not possible for the CEACR to proceed to elaborate from the principles of the strike, let alone create a right to strike.[*15] The position of the employers that there is no right to strike on international level has created much discussion, but that discussions have shown primarily that a right to strike does, in fact, exist on international level and is part of the right and freedom of association.[*16]

10 See B. Gernigon *et al.* (Note 7).

11 *Ibid.*, p. 11. See also L. Swepston. Crisis in the ILO supervisory system: Dispute over the right to strike. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 29 (2013)/2, p. 204.

12 Still the right to strike has been mentioned in ILO Recommendation 92, pertaining to voluntary conciliation and arbitration, from 1951, in paragraph 7. Also, reference to the strike can be observed in Article 1 (d) of convention 105, the Abolition of Forced Labour Convention. On this point, see L. Swepston (*ibid.*), pp. 203–204. See also C. La Hovary. Showdown at the ILO? A historical perspective on the employers' group's 2012 challenge to the right to strike. *Industrial Law Journal* 42 (2013)/4, pp. 351–352.

13 ILO convention on freedom of association and protection of the right to organise, from 1948 (C087), available at http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087.

14 ILO convention on the right to organise and collective bargaining, from 1949 (C098), available at http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098.

15 See the 'Right to Strike' piece referenced in Note 6.

16 Here, the main aspect of the debate has to do with not the right to strike itself but the organisational level of explaining and elaborating on the right to strike and its principles. Therefore, the question of the adequacy of the ILO supervision system has been widely discussed. See, for example, L. Swepston (Note 11), p 204. See also C. La Hovary (Note 12); P.F. van der Heijden. International right to strike under stress. The Hague Institute for Global Justice. Available at http://www.thehagueinstituteforglobaljustice.org/cp/uploads/downloadsprojecten/International-Right-to-Strike-Under-Stress_1372942440.pdf (most recently accessed on 15.5.2014).

3. Europe as regional level

3.1. The Council of Europe

The right to collective action is mentioned in the original European Social Charter*[17] and in its amended version.*[18] So far, the European Social Charter, in whichever of its two forms, has been considered to be the only document in which the right to organise collective action, including strikes, is foreseen.*[19] In Article 6 (4) of the revised social charter, there is a reference to the right to organise strikes, and, according to the case law of the European Committee of Social Rights, also employers' right to organise lock-outs is referred to. According to the explanation of the European Committee of Social Rights, the employer's right to organise lock-outs has not been acknowledged directly, but at the same time the committee has stated that a comprehensive ban on organisation of lock-outs is in contravention of Article 6 (8) of the above-mentioned charter.*[20] The European Committee of Social Rights has also pointed out that the right to organise strikes is not limited merely to concluding a collective agreement; the right to organise strikes has to be guaranteed in any negotiations between the employees and the employer, for resolution of disputes arising from the employment relations.*[21] Therefore, we can state that on the regional level—in the framework of the Council of Europe—the right to collective action is more specifically guaranteed than on the international level as a whole. On the international level (i.e., that of the UN and ILO), we may only derive the right to organise collective action, including a strike, but on the European level the right to organise strikes has been anticipated more specifically in the European Social Charter.

3.2. The European Union

On the level of the European Union, the regulation of collective action is somewhat complicated. The European Community (today the European Union) was and has been created as an economic union, and it has to be admitted that the European Union has remained an economic union. Whichever measures are applied by the European Union, they are targeted mainly at ensuring the functioning of the economic union and the development of activities connected with it. Although, over time, a social dimension too has emerged in the activity of the European Union, the dominant aspect is going to remain the economic activity of the European Union (common market, common currency, etc.). The recognition or non-recognition of a right to organise collective action in labour relations may be considered one of the means that ensure a competitive economy. The organisation of strikes is often related to the issue of the extent to which the employees get a fair salary and of what kind of work conditions have to be adopted.

The European Union has recognised the possibility of use of collective actions in labour relations, indirectly. The Amsterdam Treaty is an important landmark, in which there is a direct reference to the European Social Charter and, thereby, to employees' right and option to organise collective actions.*[22] Article 28 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*[23], adopted in 2000, refers to employees' and employers' right to organise collective action. Although the above-mentioned document was not binding until 1 December 2009*[24], it marked significant progress in the implementation of social rights. Today, the

17 European Social Charter, 1961, available at http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/035.htm (most recently accessed on 12.2.2014).

18 European Social Charter (revised), 1996. Available at http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm (most recently accessed on 12.2.2014). Estonia has ratified the revised version of the European Social Charter. On certain articles, Estonia has set forth reservations; see the accepted provisions, available at http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ProvisionTableRevMarch2013_en.pdf (most recently accessed on 12.5.2014).

19 See S. Evju. The right to collective action under the European Social Charter. – *European Labour Law Journal* 2 (2011)/3, pp. 196–224.

20 See the digest of the case law of the European Committee of Social Rights, from 2008. Available at http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestIndex_en.asp (most recently accessed on 11.2.2014).

21 See Note 20, pp. 55–58.

22 Treaty of Amsterdam, amending the treaty on European Union, the treaties establishing the European Communities and certain related acts. Available at http://www.eurotreaties.com/amsterdamtreaty.pdf (most recently accessed on 12.5.2015), Article 117.

23 Charter of Fundamental Rights of the European Union, available at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF (most recently accessed on 12.5.2014).

24 See http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/index_en.htm (most recently accessed on 12.5.2014).

Charter of Fundamental Rights of the European Union is acknowledged as a part of the primary legislation of the European Union, and a meaning has been assigned to the right of organising collective actions in labour relations. Therefore, on the regional level of Europe, the right to organise collective actions, including strikes and lock-outs, has become an important element in the implementation of social rights.[*25]

In the realm of securing of social rights and the main fundamental rights of the European Union, a conflict that has not been resolved—and one that probably cannot be resolved at all—was detected some time ago. At this point, we should bring into the discussion four judicial decisions[*26] with regard to which the European Court of Justice had to exercise discretionary power to establish whether the collective rights foreseen for employees and guaranteed internationally trumped the fundamental rights of the European Union (economic freedoms). Although the ECJ is convinced that social rights, among them the right to organise collective action, belong among the important social rights, the four main fundamental freedoms of the European Union are deemed more important than the social rights. The above-mentioned *Laval* case, which caused a large amount of confusion and bewilderment, has significant meaning in this connection.[*27] The ECJ did not exactly exclude the existence of the right to organise collective actions; in the context of the *Laval* case, the application of this right would have prejudiced the main rights of the European Union too intensively. As counter-action the European Commission made a proposition according to which there should be certain restrictions established to the organisation of collective actions, with account taken of the freedom of establishment and the freedom of providing services[*28]. In principle, the proposition takes us nowhere and directs the Member States toward extra-judiciary intermediation, which enables prevention of potential strike movements. In conclusion, it may be pointed out that the European Union does not restrict the organisation of strikes or any other collective action within its Member States and leaves solutions to the Member States. For that reason, the European Union does not create any theory pertaining to strikes or other collective action in labour relations. However, the right of applying collective actions in labour relations becomes somewhat restricted when cross-border activity is involved and the action starts to hinder the activity of the European Union within the sphere of two main economic freedoms (the right to the free movement of services and that to the free movement of persons). Accordingly, the right to organise collective actions is recognised in the European Union only insofar as it does not reach beyond the national economy and activity within the realm of labour relations.

The legislature of the European Union does not specify which collective actions may be organised or what kinds of rules must be followed. At this point, the European Union has to look for help in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) or the explanations of the European Committee of Social Rights. Consequently, the European Union does not deal with the regulation of collective actions and, with high probability, will never start to do so.[*29]

---

25 At this point, it is important to make reference to the fact that, according to Article 153 (5) of the Treaty on the Functioning of the European Union, the EU shall not interfere in activities in the areas of pay, the right of association, the right to strike, and the right to impose lock-outs.

26 The special literature refers to the 'Viking quartet'. These four decisions are ECJ C-438/05 (*Viking*), ECJ C-341/05 (*Laval*), ECJ C-346/06 (*Rüffert*), and ECJ C-391/05 (*Commission v. Luxembourg*). See, for example, M. Kielbasa. The fundamental freedoms versus the right to collective action at the EU's internal market. Presented at the Electronic International Interdisciplinary Conference, 2–6 September 2013, available at http://www.eiic.cz/archive/?vid=1&aid=3&kid=20201-93&q=f1 (most recently accessed on 12.2.2014); see also C. La Macchia. The protection of the strike in the internal national legal systems. – P. Edisse. *The Right to Strike in the EU: The Complexity of the Norms and Safeguarding Efficacy*. 2011, pp. 48–59. Available at http://www.ictur.org/pdf/Right_To_Strike.pdf (most recently accessed on 12.5.2014).

27 See M. Kielbasa (*ibid.*); N. Reich. Free movement v. social rights in an enlarged union—the Laval and Viking cases before the ECJ. – *German Law Journal* 2008/9, p. 133. See also C. La Macchia (Note 26).

28 Proposal for a Council regulation on the exercise of the right to take collective action within the context of the freedom of establishment and the freedom to provide services, 21.3.2013 COM(2012) 130 final.

29 On the relationship between the ECJ and ECtHR, see A. Veldman. The protection of the fundamental right to strike within the context of the European internal market: Implications of the forthcoming accession of the EU to the ECHR. – *Utrecht Law Review* 9 (2013)/1, available via http://www.utrechtlawreview.org/ ((most recently accessed on 15.5.2014).

4. The right of collective action in Estonian legislation

4.1. Collective action in industrial relations and the Constitution

Considering what has been said above, we can conclude that the right to collective actions for employees and employers on international level has been regulated in a modest way. In consequence of such modesty of regulation, the individual countries and their legislation will remain responsible for legal regulation of strikes and lock-outs.[*30]

In historical terms, the strike as a collective means of dispute settlement has been mentioned in the constitutions of Estonia since the early 1920s. In the Constitution of 1920[*31] (in §18), it was stated that the freedom to strike is guaranteed in Estonia. In the Constitution of 1938[*32], the legal regulation of collective action was modest, with §27 providing that the settlement of disputes, including the right to strike, would be regulated by law.

With 1992 and the adoption of the current Constitution[*33] came another modest expression of the right to strike. Section 29 of the Constitution states that the right to strike is guaranteed. However, the current Constitution of Estonia does not provide further explanation of what this right entails. The Constitution mentions only that the exercise of the right to strike shall be regulated by a separate law. In the Constitution of 1992, the right to strike has been recognised, but its boundaries are not clearly defined. However, the current Constitution does recognise the right to collective action more broadly than as referring to only strikes, and this gives us an opportunity to argue that the employer's right to organise lock-outs too is recognised.[*34]

In Estonia, the right to apply collective action toward resolution of industrial disputes is regulated in a law about the settlement of collective labour disputes that dates back to 1993.[*35] In the time the latter act has been in force, there have been three major strikes[*36] and weaknesses related to the exercise of the right to strike have emerged. From 1993 onward, in contrast, no lock-outs have been organised, so lock-outs' regulation currently remains only theoretical. There is no case law on lock-outs in Estonia.

In 2009, Estonia succeeded in reforming the entirety of employment law pertaining to individuals. All necessary aspects of individual employment relationships have been codified in the Employment Contracts Act[*37]. The Ministry of Social Affairs has now prepared a new draft act on collective labour relations. This draft is intended to address the regulation of collective bargaining, conclusion of a collective agreement, and settlement of collective labour disputes[*38].

30 This is indicated in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, under which the right to strike is guaranteed, and indeed recognised, but this right can be realised in accordance with the rules established in the country. See Article 8 (1) a.

31 Eesti Vabariigi põhiseadus 1920 (Constitution of the Republic of Estonia, 1920). Available at https://www.riigiteataja.ee/failid/1920.htm (most recently accessed on 14.5.2014) (in Estonian).

32 Eesti Vabariigi põhiseadus 1938 (Constitution of the Republic of Estonia, 1938). Available at http://www.hot.ee/evp1938/evp.htm (most recently accessed on 14.5.2014) (in Estonian).

33 Eesti Vabariigi põhiseadus 1992, (Constitution of the Republic of Estonia), available at https://www.riigiteataja.ee/akt/633949, English translation available at http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X0000K2&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=p%F5hiseadus (most recently accessed on 15.5.2014).

34 Although the comments accompanying the Constitution do not state that employers have a right to organise lock-outs, the authors of the comments to the Constitution state that employers have a right to use collective action in order to protect their social and economic interests. *Põhiseaduse kommenteeritud väljaanne* ['Constitution: Comments']. R.-J. Truuväli (ed.). Tallinn: Juura 2012, Section 29, Comment 8.2.

35 Kollektiivse töötüli lahendamise seadus (Collective Labour Disputes Act) – RT I 1993, 26, 442, English version available via http://www.legaltext.ee/ (most recently accessed on 12.2.2014).

36 The 23–29 September 2004 railway strike, July to September 2012 strike of teachers, and 1–26 October 2012 strike of nurses and doctors.

37 Töölepingu seadus (Employment Contracts Act) – RT I 22.12.2012, 30. English version available at http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=XXXX060K2&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=t%F6%F6lepingu+seadus (most recently accessed on 12.5.2014).

38 Kollektiivlepingu ja kollektiivse töötüli lahendamise seadus (see Note 4).

4.2. Strikes and lock-outs in Estonian law

In Estonian collective labour law, two types of collective action have been regulated: for employees, the right to strike and, for employers, the right to impose lock-outs. Estonia's current law does not foresee that the parties involved in collective labour relations could organise other forms of collective action. However, it cannot be excluded that under the Public Meetings Act public meetings of various types might be organised also for purposes of discussing social and labour issues.*[39] Such meetings can be arranged for both political and non-political purposes.

Estonian legislation does not provide detailed regulations addressing organisation of lock-outs. For organising a lock-out, the law foresees employment of the same procedure and principles used in the organisation of strikes. The only differences are connected with the notions specific to the lock-out, the lock-out being an interruption of work upon the initiative of an employer that it initiated to achieve concessions from employees to lawful demands in respect of labour matters.*[40] In order to understand requirements related to organisation of lock-outs, one must, therefore, know what the requirements are for organisation of a strike to be legal.

The most important—and, in Estonia, the most often used collective action—is still the strike. A strike can be organised by either trade unions or employees' trustees. According to the Employees' Trustee Act*[41], if an employee trustee has been elected in the relevant company, that trustee shall perform all of the tasks associated with employee representation. Also, the trustee has to lead any collective bargaining on the employee side. Among other tasks, the employees' trustee exercises a right to call for a strike. If the company also has a trade union, there is a clear division of tasks: the trade union can negotiate a new collective agreement, and thereby the right to organise strikes is guaranteed. In this case, the employees' trustee does not have competence to conclude a collective agreement or to call for a strike.

Estonian legislation recognises three types of strike: a normal strike, a warning strike, and support of a strike. Of these three possibilities, the normal strike is the least complicated. According to the current definition, a strike is an interruption of work where the aim is to achieve concessions from an employer to lawful demands in relation to labour matters.*[42] In order for a strike to be organised legally, the compulsory conciliation procedures must have been completed first. If the conciliation procedure fails and agreement for settlement of the disputes cannot be reached, it is possible to organise a strike. If a strike is to be organised, notification must be given publicly at least 14 days in advance of the date on which it is due to begin.*[43] In cases wherein a strike is organised, to what extent services should be guaranteed during the strike and which services these might be are not clear. According to the principles elaborated upon by the ILO, the minimal level needed for provision of necessary services shall be ensured and, therefore, the right to strike can be limited in certain sectors of the economy.*[44] At present in Estonia, there is no list of services that should be guaranteed. In practice, however, the trade unions that have called for a strike have ensured that the operation of certain services continues.*[45]

With respect to exercise of the right to strike, the situation is the most complicated for warning strikes and support strikes. For organisation of a warning strike, Estonian legislation does not foresee any specific requirements. The only requirement the law specifies is the obligation to inform the public about any organisation of a warning strike. Notice has to be given three days in advance.*[46] A warning strike does not require any previous conciliation procedures. Warning strikes can be carried out while the negotiation procedure is

39 Still we cannot view such public meetings as collective action under the right and freedom of association. See Avaliku koosoleku seadus (Public Meeting Act) – RT I 1997, 30, 472, English version available at http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=2013X16&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=avaliku+koosoleku+seadus (most recently accessed on 12.5.2014).

40 See Kollektiivse töötüli lahendamise seadus (Note 35), §2 (3).

41 Töötajate usaldusisiku seadus – RT I 2007, 2, 6 (Employees' Trustee Act). English version available at http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=XX10005K2&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=usaldusisik (most recently accessed on 12.5.2014).

42 See Kollektiivse töötüli lahendamise seadus (Note 35), §2 (2).

43 *Ibid.*, §§ 13 and 15.

44 See B. Gernigon *et al.* (Note 7), pp. 20–23.

45 See, for example, news pieces on the strike of doctors in Estonia in 2012, such as Arstide streik algas ['The strike of doctors has started'], available at http://uudised.err.ee/v/eesti/04a5e623-3023-465a-9457-4ebe8b453ab4 (most recently accessed on 14.5.2014) (in Estonian).

46 Kollektiivse töötüli lahendamise seadus (see Note 35), §18 (2).

in progress. A warning strike can be considered an important component of collective bargaining by which means employees can exert pressure on the employer toward the goal of meeting of their demands.

The most problematic type of strike in Estonia is and will remain the support strike. The main argument here is associated with the nature of a support strike. This type of strike does not correspond to the concept and definition of a strike as set forth by the legislator. According to the Collective Labour Dispute Resolution Act, a strike is an interruption of work on the initiative of employees or of a union or federation of employees that is undertaken for gaining of concessions from an employer or an association or federation of employers to lawful demands on labour-related matters (see §2). The support strike does not correspond to that aim. The idea of a support strike is to perform an act of solidarity with the employees involved in the main strike. Therefore, the support strike should be viewed not as a type of strike but as a solidarity action that might be equivalent to, for example, a public meeting.[*47]

The support strike is a crucial type of action in two respects: 1) it can be organised regardless of whether the employer has concluded a collective agreement with its employees or not and 2) an employer of those by whom a support strike is organised cannot do anything in order to prevent the action. This is the situation seen in Estonia. Even if an employer has concluded a collective agreement, that employer still has to take into account that there might be some unexpected interruptions in its day-to-day business due to support strikes. Although this set of circumstances might be in accordance with international standards, one may still ask whether it is reasonable.

Taking into account what has been said above, one might readily question whether there is still a need for the support strike. There is no specific rule on international level for organising support strikes. Although both the ILO and the European Committee of Social Rights recognise the right to arrange a support strike, there are several countries where the support strike is not recognised as legitimate.[*48] Also lacking are statements of solid logic for recognising and regulating support strikes. The aid of a support strike does not make it possible to resolve any problems that have been raised during the main strike. Also, the support strike cannot be viewed as an integral element of the right of association, as this action does not express the relevant trade union's activity to achieve for its members better employment and other social conditions.

Problems arise also in connection with the economic side of a strike. A situation may arise wherein the employer involved in the main strike still has an opportunity to continue its economic activity, at least at minimal level. At the same time, an employer by whose employees a support strike is organised may not be able to continue its activity and could suffer considerable economic and other losses. Accordingly, a right to carry out a support strike could be harmful for both employees and employers: the employers must always take into account possible losses in their economic activity, and their employees cannot bring themselves better employment conditions via the support strike.

One might ask how the concept of the support strike is connected with the generally recognised right to strike. As is noted above, the International Organisation of Employers has already pointed out, in 2012, that on the international level (in ILO conventions and recommendations) there is no direct right to strike codified. The employers also pointed out that the standpoint of the ILO CEACR with respect to the legitimacy of political and solidarity strikes can also be called into question.[*49] The IOE's perspective might be correct, because there is not really any direct or even indirect norm pertaining to a right or even possibility of organising support strikes.

At the same time, the situation at European regional level is different. Within the framework of the Council of Europe, it has been recognised that there is a fundamental right to organise solidarity strikes and that it shall be governed by the European Convention on Human Rights (ECHR), Article 11. In the recent case *RMT v. UK*[*50], the ECtHR had to decide about the legal status of solidarity strikes. The Court decided

47 The ILO CFA does not say very clearly that there is a right to organise a support strike. It has only mentioned that general prohibition of a support strike could lead to abuse and that the initial strike they are supporting is itself lawful. See, for example, B. Gernigon *et al.* (Note 7), pp. 15–16.

48 See W. Warnek. Strike rules in the EU27 and beyond: A comparative overview. Brussels: ETUI 2007. Available at http://www.etui.org/Publications2/Reports/Strike-rules-in-the-EU27-and-beyond (most recently accessed on 14.5.2014).

49 See the piece 'Why the crisis in the ILO Standards Supervisory System matters to governments', available at http://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/Policy%20Areas/international_labour_standards/EN/_2013-11-18__Why_the_Crisis_in_the_ILO_Standards_Supervisory_System_matters_to_Governments__web_.pdf (most recently accessed on 19.5.2014).

50 The case of the National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, application 31045/10, 8.4.2014. See also L. Lavrysen. Strasbourg Court fails to adequately protect trade union freedom: Secondary strike action only

firstly that the right to take secondary actions—i.e., to organise solidarity strikes—is, in fact, governed by Article 11 of the ECHR, as stated above. This means that solidarity actions encompass the right to organise solidarity strikes and that these, therefore, are a part of trade union activity as covered by Article 11. The Court also refers to the ILO CAF here and to the CEACR.[*51] The ECtHR held also that if in one country there exists a restriction on organising of solidarity strikes, this ban does not constitute a violation of Article 11 of the ECHR.[*52] The decision means that restrictions on organisation of support strikes do not necessarily constitute any violation of fundamental freedoms and rights. The decision offers an opportunity to think about whether the support strike is still a necessary means for protecting employees' rights.

In general, one can say that the right to strike exists and that it is not possible to avoid the existence of this right. At the same time, it is necessary to ask whether a support strike should, perhaps, not be viewed as a strike at all and whether such activity should still be viewed as an integral element under collective labour law that is to be protected even on international level. The purpose and aim of the support strike can be realised via other means. For instance, in Estonia under the Public Meetings Act, the support strike could be deemed to be a specific type of public meeting. One could say that the support strike as a type of strike is out of date. The question we should still pose is of whether the support strike actually is in keeping with the notion of the strike as such.

If we accept the idea of the support strike as valid, the same right should exist on the employer's side, to balance the parties' power: the right to organise a support lock-out. So far, there has been no discussion in the literature about warning lock-outs or support lock-outs.

5. Specific forms of organisation of a strike

The developing information society and the digital world must be seen as an important factor affecting the organisation of strikes. What opportunities are currently available for organising a strike, and to what kinds of changes has the modern digital society led us? Typically, when one is organising a strike, one can expect employees to raise their demands against the employer, and usually the organisation of the strike will be supported by other actions, such as public meetings or pickets. Today, action could take place as well in a form we might call a cyberstrike.[*53] The cyberstrike might involve attacks on the employer's databases, locking out of data systems, congestion of traffic related to the employer's Web site, or even infection of the employer's various information and other channels with viruses. The notion of the cyberstrike raises the question of how far employees may legitimately go in order to disturb the activity of the employer. In this connection, the inevitable question already discussed above also arises: what about the validity of the support strike, in whatever form? Although the ILO's Freedom of Association Committee and the European Committee of Social Rights allow organising of support strikes on the condition that the main strike is legal, a question remains as to the ways in which a support strike can take place—can a support strike take place legitimately as work stoppages or not, or can it consist, for example, of blocking of access in different ways[*54] to an employer's database for a certain period of time? Consequently, the question may arise also of what conditions must be imposed on the support strike, especially in forms such as a support cyber strike. Estonian law does not place any conditions on the right to carry out a support strike. Accordingly, for example, if railway workers were to organise a strike that is meant for bringing about greater occupational

considered to be an 'accessory' aspect of Article 11 (R.M.T. v. UK), available at http://strasbourgobservers.com/2014/05/12/strasbourg-court-fails-to-adequately-protect-trade-union-freedom-secondary-strike-action-only-considered-to-be-an-accessory-aspect-of-article-11-r-m-t-v-uk/ (most recently accessed on 18.5.2014).

51 See M. Kielbasa (Note 26), pp. 30–32.

52 There are only a few states in Europe where secondary actions, including sympathy strikes, are forbidden. These countries are the United Kingdom, Austria, Luxembourg, the Netherlands, and Latvia. Usually, secondary actions are associated with certain restrictions. See W. Warnek (Note 48).

53 In the framework of cyberstrike it might be worth differentiating various types of actions and the legal ramifications. For instance, individual employees loading the company's Web pages a few times a day and cumulatively creating denial of service might be of a different order than defacing the homepage. Also, the use of the term 'strike' for this brings in several questions that need further legal analyses, just as one might question whether it would be more like strike and riot if employees were to break their work machines and smash the factory's windows.

54 For example from changing a server timeout in the office to keeping the server busy with theoretically legit requests from the outside world.

safety and better wage conditions for them, any other trade union can organise a support strike—for example, workers in the IT sector. A situation could arise in which, for instance, employers during the support strike face shutdowns of their communication infrastructure and information activities. Another question arises here: how far can employees go legitimately before being deemed to violate rules about data protection? As one can see, the scenario of the cyber strike can bring questions into focus that have been only in the background before.

6. Conclusions

Employees' and employers' right to organise collective action is recognised both internationally and at the European regional level. In documents adopted by the UN and the ILO, there is no specific rule on the existence of a right to strike, nor is one referred to, but various interpretations of the rules that are stated recognise a right to employ the strike and the lock-out. At European level, the right to collective action with respect to, *inter alia*, the right to strike can be found in the European Social Charter and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Because the international level and the European level show no clear guidance on the organisation of strikes, the right to strike and to collective action lie primarily within the field of responsibility of national legislation.

In Estonia, the right to strike has been settled through the Collective Labour Disputes Act. The main problems in Estonia are related to the warning strike and support strike. With respect to organisation of a warning strike, there is no concrete requirement set forth in the legislation as to time and conditions, when and how the warning strike can be organised. Support strikes, on the other hand, are more complex. They do not fulfil the function of a strike or truly match the concept, because the action is not directed against the employer being taken issue with and the intent is not to gain concessions from the employer of those organising the action in question.

Though bearing the name, the support strike does not satisfy the criteria for being a strike and, therefore, cannot be legitimately considered one. The recent case law of the ECtHR has shown that restrictions to guarantees to the right to carry out a support strike are allowed and are in accordance with the ECHR. The time has come to consider whether the support strike is still necessary.

Ten Years of Legal Integration

Tartu, 2–3 October 2014

Thursday, October 2

9.00–10.00 Morning coffee (Vanemuine Concert Hall, the doors will open at 8.30)

Plenary session. 1864 – 2004 – 2014

(led by the students of ELSA) (Vanemuine Concert Hall: webstream, simultaneous translation in English)

10.00–10.15 **Opening**
Chair: Prof. **Jaan Sootak**, *Chairman of the Estonian Academic Law Society*
Dr. iur. **Priidu Pärna**, *Notary in Tallinn*

10.15–10.45 **Jaan Kaplinski**, *Writer*
Language and Mind, We and Europe

10.45–11.15 **Hubert Legal**, *Legal Adviser of the European Council and of the Council of the European Union, Director General of the Legal Service of the Council*
Integration of European Legal Orders—Challenges and Expectations

11.15–11.45 *LLM* **Hent Kalmo**, *Adviser and Deputy to the Chancellor of Justice*
Unexpected Impact of the European Union Law

11.45–12.15 Coffee break

12.15–12.45 *Jur. Dr. h.c.* **Hans G. Nilsson**, *Head of Unit, General Secretariat, Council of the European Union*
The European Union and National Criminal Law—What Are We Afraid of?

12.45–13.15 Prof. **Anneli Albi**, *University of Kent*
The Future of the Rule of Law and Constitutional Rights in the European Union: Estonia's Prospects to Contribute to the Discourse

13.15–13.45 Prof. **Marju-Luts Sootak**, *Head of Chair of Legal History, University of Tartu*
1864 Baltic Private Law in the Family of Modern-day European Codifications

13.45–15.00 Lunch, participants are divided into work groups

Presentation(s))/exhibitions: Book presentation(s)
Exhibition Baltic Civil Code (BCC) 150
Kilvar Kessler's nature photography exhibition
(Dorpat Conference Center: 4th floor lobby)

Public Law I. Infotechnology, Economics, Law: Nothing in Common?

(University of Tartu Assembly Hall: webstream)

Chair: Prof. **Ülle Madise**, *Legal Counsellor to the President of the Republic, Professor of Constitutional Law, University of Tartu*

15.00 **Jaan Priisalu**, *Director General of Estonian Information System's Authority*
View from Infotechnology
Dr. iur. **Mario Rosentau**, *Lecturer of Comparative Jurisprudence, University of Tartu, Attorney-at-law, Law Firm Hansa Law Offices*
View from Law. *e-Tempora e-Mores*
Prof. **Rainer Kattel**, *Head of Chair of Innovation Policy and Technology Governance, Tallinn University of Technology*
View from Economics
Discussion

16.30–16.50 Coffee break

Public Law II. Transformation of Estonia's Administrative Organisation
(University of Tartu Assembly Hall: webstream)
Chair: Prof. **Raul Narits**, *Professor of Comparative Jurisprudence, University of Tartu*
16.50 *Mag. iur.* **Nele Parrest**, *Adviser and Deputy to the Chancellor of Justice*
Choices in Establishing Estonia's Administrative Organisation
Dr. iur. **Ivo Pilving**, *Chairman of the Administrative Law Chamber of the Supreme Court, Docent of Administrative Law, University of Tartu*
Impact of European Union Law on Estonia's Administrative Organisation
Mag. juris (Oxford) **Mari Matjus**, *Attorney-at-law, Law Firm Sorainen*
The Position of an Independent Institution in Estonia's Administrative Organisation on the Example of an Institution Regulating the Energy Market

Private Law I. Future Visions of the Intellectual Property Rights
(Dorpat Conference Center: Struve I and II assembly hall, webstream)
Chair: *Mag. iur.* **Ele Liiv**, *Judge, Tallinn Circuit Court*
15.00–15.15 *Mag. iur.* **Kai Härmand**, *Deputy Secretary General, Ministry of Justice*
Developments of the Intellectual Property Right in the European Union
15.15–16.00 Free Use of Work: *Pro et Contra*
Pro: **Kärt Nemvalts**, *Adviser, Private Law Division, Ministry of Justice, member of the Codification Work Group*
Contra: **Kalev Rattus**, *Managing Director of Estonian Author's Society*
16.00–16.30 Regulating Trade Secrets: Pro et Contra
Pro: **Triin Tuulik**, *Attorney-at-law, Law Firm Glimstedt*
Contra: **Karmen Turk**, *Attorney-at-law, Law Firm Tamme Otsmann Ruus Vabamets, Doctoral Student, University of Tartu*
16.30–16.50 Coffee break

Private Law II. Codification of the Intellectual Property Rights-Legislative Challenges
(Dorpat Conference Center: Struve I and II assembly hall, webstream)
Chair: *Mag. iur.* **Kai Härmand**, *Deputy Secretary General, Ministry of Justice*
16.50 Introduction
17.00–17.20 **Almar Sehver**, *Patent Attorney, member of the Codification Work Group*
Codification of Industrial Property Rights
17.20–17.40 *PhD* **Aleksei Kelli**, *Docent of Intellectual Property Law, University of Tartu, head of the Codification Work Group*
New Challenges of Copyright and Neighbouring Rights
17.40–18.00 **Tanel Kalmet**, *Adviser, Penal Law and Procedure Division, Ministry of Justice, member of the Codification Work Group*
Boundaries of the Penal Law in Protection of Intellectual Property Rights

Criminal Law I. Inviolability and Immunity of Higher State Public Servants
(Dorpat Conference Center: Baer assembly hall)
Chair: Prof. **Jaan Sootak**, *Professor of Criminal Law, University of Tartu*
15.00–15.30 *PhD* **Rait Maruste**, *Chairman of the Constitutional Committee of Riigikogu*
Procedural Immunity and Fundamental Rights
15.30–16.00 *LLM* **Hent Kalmo**, *Adviser and Deputy to the Chancellor of Justice*
Immunity of the Members of the Parliament
Discussion
16.30–16.50 Coffee break

Chair: *LLM* **Norman Aas**, *Secretary General, Ministry of Justice*
16.50–17.30 *LLM* **Katri Jaanimägi**, *Adviser to the Constitutional Review Chamber of the Supreme Court*
Juhan Sarv, *Adviser to the Criminal Law Chamber of the Supreme Court*
The Constitutional Extent of the Immunity of Member of the Parliament
Discussion

Baltic Private Law 150. Baltic Civil Code (BCC) and its Implementation Practice
(Dorpat Conference Center: Peterson assembly hall)
Chair: Prof. **Marju Luts-Sootak**, *Head of Chair of Legal History, University of Tartu*
15.00–15.45 *Mag. iur.* **Toomas Anepaio**, *Lecturer of Legal History, University of Tartu*
BCC and Other Regional Codifications of the Russian Empire

15.45–16.30 *Dr. iur.* **Hesi Siimets-Gross**, *Assistant Professor on Legal History and Roman Law, University of Tartu*
BCC and its Sources Before and After Codification
16.30–16.50 Coffee break

Chair: *Mag. iur.* **Toomas Anepaio**, *Lecturer of Legal History, University of Tartu*
16.50–17.10 *PhD* **Lea Leppik**, *Head of Faculty of Social Sciences and Education, University of Tartu*
BCC in the Practice of the Tartu Magistrate Until the Court Reform of 1889
17.10–17.30 Prof. **Marju Luts-Sootak**, *Head of Chair of Legal History, University of Tartu*
BCC in the Practice of the Highest Court of the Russian Empire, the Ruling Senate. The Court Cases of the Estonian District Until the Court Reform of 1889
Discussion
20.00 Festive Evening (Vanemuine Concert Hall, the doors will open at 19.30)

Friday, October 3

Public Law III. The Principle of Equality: Sovereignty's Trojan Horse?

(University of Tartu Assembly Hall: webstream)
Chair: *PhD* **Carri Ginter**, *Docent of European Law, University of Tartu, Partner, Law Firm Sorainen*
9.00 *LLM* **Merike Saarmann**, *Counsellor to the Chancellor of Justice*
Reverse Discrimination: Foreseeable and Unexpected
Mag. iur. **Kari Käsper**, *Lecturer, Tallinn University of Technology*
No Room for (Reverse) Discrimination in a Federalising Union
PhD **Berit Aaviksoo**, *Adviser to the Chancellor of Justice*
(Constitutional) Renvoi: A Legal Necessity or Feeding the Trojan Horse?
Tatjana Evas, *Docent, Tallinn Law School, Tallinn University of Technology*
EU citizenship and the Estonian Constitution
Discussion
11.00–11.30 Coffee break

Public Law IV. Everyday Implementation of the European Union law: Harmonisation at the Cost of Legal Certainty?

(University of Tartu Assembly Hall: webstream)
Chair: *PhD* **Uno Lõhmus**, *Visiting Professor, University of Tartu*
11.30 *Mag. iur.* **Sandra Mikli**
When Distant European Union Law Suddenly Becomes Part of the Every-Day Work—Problems with the Adoption and Implementation of the European Union Law
Kaarel Eller, *Senior Counsellor to the Chancellor of Justice*
Possibilities of Alleviating the Adverse Effects of Implementing European Union Law on Legal Certainty
LLM **Madis Ernits**, *Judge, Tartu Circuit Court, Doctoral Student, University of Tartu*
The Test of Constitutionality as a Guarantee of Legal Certainty
Janar Jäätma, *Adviser to the Administrative Law Chamber, Supreme Court of Estonia, Doctoral Student, University of Tartu*
National Law *vs* European Union Law in the Case Law of the Supreme Court of Estonia
Discussion

Private Law III. Moving From Border to Border

(Dorpat Conference Center: Struve I and II assembly hall, webstream)
Chair: Prof. **Irene Kull**, *Head of Chair of Commercial Law and Intellectual Property Law, University of Tartu*
9.00-9.30 *LLM* **Külliki Feldman**, *Adviser, Private Law Division, Ministry of Justice, Doctoral Student, University of Freiburg*
Free Movement of Societies in the European Union
9.30–10.00 *LLM* **Kilvar Kessler**, *Chairman of the Management Board, Financial Supervision Authority*
The Pilgrimage
10.00–10.30 *Dr. iur.* **Anneli Alekand**, *Notary in Tallinn*
Keeping the Registry of Ownership of Private Limited Company Shares
Discussion
11.00–11.30 Coffee break

Private Law IV. The Present and the Future of the Company Law
(Dorpat Conference Center: Struve I and II assembly hall, webstream)

Chair: *Mag. iur.* **Kersti Kerstna-Vaks**, *Chairman, Tartu Circuit Court*

11.30–11.50 Foundation of a Private Limited Company Without Making Contributions: *Pro et Contra*
Pro: **Indrek Niklus**, *Head, Private Law Division, Ministry of Justice*
Contra: Dr. iur. **Andres Vutt**, *Docent of Company Law, University of Tartu*

11.50–12.10 *Dr. iur.* **Urmas Volens**, *Lecturer of Civil Law, University of Tartu, Specialist Counsel, Law Firm Sorainen*
Protection of Minor Share Holders

12.10–12.30 *PhD* **Signe Viimsalu**, *Estonian Business Angels Network*
Investment Funds and Start-ups. Is it the Problem of the Legislation or Practice?
Discussion

Criminal Law II. European and Future Penal Power
(Dorpat Conference Center: Baer assembly hall)

Chair: **Hannes Kiris**, *Chairman of the Criminal Chamber of the Supreme Court*

9.00-9.25 **Kristel Siitam-Nyiri**, *Deputy Secretary General, Ministry of Justice*
Is There a Role for the Estonian Criminal Law in Context of the European Union?

9.25–10.00 **Kati Maitse-Pärkna**, *Director, Penal Law and Procedure Division, Ministry of Justice*
European Prosecuting Authority—Viewed from the Sides of Europe and Estonia
Raivo Sepp, *member of Eurojust Estonia*
Do We Need a European Prosecutor?

10.00–10.25 *Dr. iur.* **Erkki Hirsnik**, *Adviser to the Criminal Law Chamber of the Supreme Court*
Computer Crime: the Criminal Law of the Future

10.25–10.40 Prof. **Jaan Ginter**, *Dean of the Faculty of Law, University of Tartu, Professor of Criminology*
Comments to the Presentations
Discussion

11.00–11.30 Coffee break

Criminal Law III. Newest Developments in the Penal Power and Procedural Law in Estonia
(Dorpat Conference Center: Baer assembly hall)

Chair: *PhD* **Eerik Kergandberg**, *Justice of the Supreme Court, Visiting Professor, University of Tartu*

11.30–12.00 *PhD* **Mari-Liis Sööt**, *Director, Analysis Division, Ministry of Justice*
Jako Salla, *Advisor, Analysis Division, Ministry of Justice*
Penal Attitudes an Alternative Sanctions in Estonia

12.00–12.20 **Marko Kairjak**, *Attorney-at-law, Law Firm Varul, Doctoral Student, University of Tartu*
Economic Offences and their Proceeding: an Undertaking's Right to What?

12.20–12.40 *Dr. iur.* **Allan Plekksepp**, *Adviser to the Criminal Law Chamber of the Supreme Court*
Possible Alternatives to the Mandatory Launching of Criminal Investigations

12.40–13.00 **Tõnu Mets**, *Doctoral Student, University of Tartu*
Digital Proof: a New Page in Criminal Proceeding?

13.00–14.00 Lunch (Dorpat Conference Center)

13.30 **Book presentation(s)** (Dorpat Conference Center: Peterson assembly hall)

Final meeting. Europe, More Europe! Estonian Interests and the Boundaries of Integration
(Dorpat Conference Center: Struve I and II assembly hall, webstream)

Chairs: **Hannes Rumm**, *Head of the Representation of the European Commission in Estonia*
Klen Jäärats, *Acting director for EU Affairs at the Government Office*

14.05–14.30 **Marek Tamm**, *Docent of Cultural History, Tallinn University*
100 Years Later: Are We Europeans Already?

Podium Discussion:
Kersti Kaljulaid, *member of the European Court of Auditors*
Julia Laffranque, *Judge of the European Court of Human Rights, Professor of European Law, University of Tartu*
Lauri Mälksoo, *Academician, Professor of International Law, University of Tartu*
Jüri Raidla, *Senior Partner, Law Firm Raidla Lejins & Norcous*
Marek Tamm, *Docent of Cultural History, Tallinn University*

16.00 Conclusion

Abbreviations

RT	*Riigi Teataja* ('State Gazette')
OJ	Official Journal of the European Union
CCSCd	Decision of the Civil Chamber of the Supreme Court
CCSCr	Regulation of the Civil Chamber of the Supreme Court
SC*enbanc*d	Decision of the Supreme Court *en banc*