

Die Bedeutung der *ultra vires*-Lehre als Maßstab richterlicher Kontrolle öffentlicher Gewalt in England

Florian Becker*

Die gemeineuropäische Rechtsentwicklung führt die nationalen Rechtsordnungen näher zueinander. Hierbei werden deren jeweilige Unterschiede und Gemeinsamkeiten deutlich. Von besonderem Interesse sind für den Rechtswissenschaftler dabei solche Rechtsinstitute, deren Bezeichnung aus der eigenen Rechtsordnung vertraut ist, deren Bedeutung indes von Land zu Land variiert. Ein Beispiel hierfür ist die *ultra vires*-Lehre.

In der bundesdeutschen Rechtsordnung orientiert sich die *ultra vires*-Lehre an dem Institut der Verbandskompetenz¹, das als Bestandteil der formellen Rechtmäßigkeit eines Rechtsaktes zu untersuchen ist. Es beschreibt den Wirkungskreis eines staatlichen Verbandes in Abgrenzung gegenüber anderen Verbänden. Die Verteilung der Staatsaufgaben auf verschiedene Verwaltungsträger (Verbände) innerhalb des gegliederten Staatswesens schafft Wirkungskreise, die untereinander grundsätzlich abgeschlossen und kompetenzrechtlich impermeabel sind. Die Verbandskompetenz weist dabei zwei Facetten auf, in denen sich die Wechselbeziehung des Grundsatzes der eigenständigen Aufgabenerfüllung² einerseits und des bundesstaatlichen Gebietskonzepts³ andererseits widerspiegelt. Zum einen garantiert die Verbandskompetenz einer öffentlichen Rechtsperson einen abgeschirmten Bereich eigenständiger Aufgabenerfüllung, zum anderen begrenzt sie aber auch den Wirkungskreis der Rechtsperson auf eben diesen Bereich, um so die Integrität der Verbandskompetenz anderer, in räumlicher oder sachlicher Nähe agierender staatlicher Rechtspersonen abzusichern. Diejenige Verbandskörperschaft, die unter Außerachtlassung ihrer (territorial und/oder personal radizierten) Verbandskompetenz über den ihr zugewiesenen Handlungsbereich hinausgreift, bewegt sich *ultra vires* – außerhalb ihrer Verbandsmacht. Der erste Senat des Bundesgerichtshofs hat für juristische Personen des öffentlichen Rechts entschieden, diese seien "... jedenfalls grundsätzlich nur im Rahmen des ihnen durch Gesetz oder Satzung zugewiesenen Aufgaben- und Wirkungsbereichs zu einem rechtswirksamen Handeln befugt ..." und deshalb könnten sie "... nur innerhalb des durch ihre Zwecke und Aufgaben bestimmten sachlich und räumlich

* Dr. LL.M. (Cantab.), Wissenschaftlicher Mitarbeiter Max-Planck-Projektgruppe "Recht der Gemeinschaftsgüter", Bonn.

¹ Hierzu v.a. K. Stern/M. Nierhaus, Das Regionalprinzip im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen, 1991, 48ff., und M. Oldiges, DÖV 1989, 873ff.

² R. Grawert, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, 195.

³ Begriff von J. Isensee, in: ders./P. Kirchhof, HdbStR IV, 1990, § 98 Rn. 33.

beschränkten Lebenskreises handeln.“⁴ Die Rechts- und Wirkungsfähigkeit der juristischen Person des öffentlichen Rechts ist damit auf einen bestimmten sachlichen und räumlichen Funktionsbereich beschränkt, der durch Auslegung der hoheitlichen Aufgabenzuweisung zu ermitteln ist. Außerhalb dieses Rechtskreises liegende Handlungen entbehren der Rechtswirksamkeit⁵. Dies ist die Konsequenz der für alle staatlichen Organisationseinheiten geltenden *ultra vires*-Lehre, die in der deutschen Rechtsprechung⁶ und Literatur⁷ durchweg anerkannt wird.

Während die *ultra vires*-Doktrin als Ausprägung des Instituts der Verbandskompetenz nach bundesdeutschem Rechtsverständnis aber nur ein Element der formellen Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns und damit nur einen von vielen Aspekten darstellt, die bei der Überprüfung eines Rechtsaktes zu beachten sind, ist die *ultra vires*-Lehre im System des englischen Verwaltungsrechts traditionell die zentrale dogmatische Grundlage für die richterliche Kontrolle öffentlicher Gewalt.

Traditioneller dogmatischer Ausgangspunkt gerichtlicher Kontrolle durch die dem deutschen Verwaltungsrechtsschutz funktionsähnliche „Application for *judicial review*“ (AJR) ist nicht die Verletzung individueller Rechtspositionen, sondern die Überschreitung der Grenzen gesetzlich übertragener Entscheidungsmacht – mithin die Frage, ob eine Entscheidung der Verwaltung „*ultra vires*“ ist.

Daß dieser Ansatz nicht nur eine für den deutschen Juristen vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 GG ungewohnte Perspektive des Verwaltungsschutzes vermittelt, sondern auch materielle Wirkungen im Hinblick auf Dichte und dogmatische Konsistenz des Schutzes individueller Freiheitssubstanz gegen öffentliche Gewalt entfaltet, ist ebenso Gegenstand der folgenden Ausführungen wie die neueren Entwicklungen in der englischen *ultra vires*-Lehre, die diese selbst und ihr verfassungsrechtliches Umfeld erschüttert haben.

⁴ BGHZ 20, 119 (124).

⁵ BGHZ 20, 119 (124); 52, 283 (286); BVerwGE 34, 69 (74ff.); 59, 231 (237); 64, 115 (117); M. Eggert, Die deutsche *ultra vires*-Lehre, 1977, 77ff.; L. Enneccerus/H.-C. Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 1959 (15. Aufl.), § 105 I 1 und § 119 C (624f. und 739f.); E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1971 (10. Aufl.), 448ff.; H.H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1991 (2. Aufl.), 279; H.J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 1999 (11. Aufl.), § 32 Rn. 9.

⁶ Beispielhaft BVerwGE 34, 69 (74); 59, 231 (*passim*); 64, 115 (117); BVerwG, DVBl. 1991, 491 ff. (494); OVG Hamburg, DVBl. 1972, 339ff. (340); VGH BW, NVwZ 1986, 659ff.

⁷ Eggert (Anm. 5), 56ff.; A. v. Mutius, in: BK (Zweitbearbeitung), Rn. 44 zu Art. 19 Abs. 3; Stern/Nierhaus (Anm. 1), 48ff. jew.m.w.N.; sehr kritisch hingegen D. Ehlers, Die Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts und die *Ultra-vires*-Doktrin des öffentlichen Rechts, 2000.

A. Die *ultra vires*-Lehre in England: Dogmatische Grundlage und verfassungsrechtliche Rechtfertigung des "judicial review"

Will man die zentrale Bedeutung der *ultra vires*-Lehre englischer Prägung für die gerichtliche Kontrolle öffentlicher Gewalt in England⁸ erfassen, so ist zunächst erforderlich, sich das verfassungsrechtliche Koordinatensystem vor Augen zu führen, in dem sich diese Lehre entwickelt hat. Dessen wichtigste Konstante ist der Grundsatz der Parlamentsouveränität.

I. Die Souveränität des englischen Parlaments und die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung

Jeder *Act of Parliament* ist Ausdruck souveräner, prinzipiell unbeschränkbarer Gesetzgebungsgewalt. Er ist nur durch eine *lex posterior* aufheb- oder veränderbar; zumindest dem Grunde nach ist kein Parlament in der Lage, nachfolgende Parlamente dauerhaft zu binden. Wichtige Konsequenz dieser unbeschränkten und – auf nationaler Ebene⁹ – traditionell nicht durch höherrangiges Recht beschränkbarer Parlamentsouveränität ist die grundsätzliche gerichtliche Unangreifbarkeit gesetzgeberischer Akte. Die Gesetze sind von den Gerichten anzuwenden. Die Frage ihrer Verfassungsmäßigkeit oder gar ihrer Wirksamkeit stellt sich nicht. Das Gericht kann ein als "ungerecht" empfundenes Gesetz nur im Wege der Gesetzesauslegung den Erfordernissen materieller Gerechtigkeit anpassen.

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund haben die Gerichte¹⁰ von je her eine Kontrollkompetenz über die Ausübung exekutiver öffentlicher Gewalt unter dem Vorzeichen des *judicial review* wahrgenommen. Dort, wo der Verwaltung öffentliche Gewalt (*vis*) durch Parlamentsakt übertragen wurde, nahmen die Gerichte für sich in Anspruch, die Ausübung dieser Gewalt auf Konformität mit dem Übertragungsakt zu überprüfen – mithin darauf, ob eine kontrollierte Verwaltungsentscheidung die Grenzen der durch Parlamentsakt übertragenen Rechtsmacht überschritten hat – ob sie *ultra vires* ist.

⁸ Aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht bedeutet "England" (noch) England und Wales.

⁹ Auf die grundlegenden Systemveränderungen, die sich in dieser Hinsicht mit Blick auf das Recht der EU ergeben haben, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Es sei nur so viel gesagt, daß sich trotz allen verfassungsrechtlichen und -politischen Widerstandes die Ansicht durchgesetzt hat, daß die Wirksamkeit der Gemeinschaftsakte zwar auf dem englischen Zustimmungsgesetz (European Communities Act 1972) zu den Verträgen beruht, Inhalt und Geltungsanspruch dieser Akte indes nicht mehr aufgrund der Parlamentsouveränität angreifbar ist. Das Zustimmungsgesetz bindet daher ausnahmsweise alle folgenden Parlamente; siehe hierzu die nicht nur in England berühmten Fälle *Factortame I* und *II*, [1990] 2 AC 85 und [1991] 1 AC 603 (Eine Erläuterung der Zitierweise englischer Gerichtsurteile und der entsprechenden Abkürzungen gibt D. Henrich, Einführung in das englische Privatrecht, 1993 (2. Aufl.), 24.

¹⁰ Zu beachten ist, daß in England keine eigenständige Verwaltungsgerichtsbarkeit existiert; der Verwaltungsrechtsschutz wird von den ordentlichen Gerichten gewährt; siehe W. Wade/C. Forsyth, *Administrative Law*, 1994 (7. Aufl.), 26.

Eine besondere parlamentsgesetzliche Ermächtigung hielt die Rechtsprechung nicht für erforderlich. Sie entschied in dem Bewußtsein, die "originäre Funktion der Gerichtsbarkeit"¹¹ auszuüben und wählte sich im Einklang mit dem Willen des Parlaments: Dieses könne bei der gesetzlichen Übertragung von Eingriffsrechten auf die Verwaltung nicht beabsichtigt haben, daß eine Kompetenzüberschreitung oder ein Kompetenzmißbrauch unsanktioniert bleibe – selbst wenn das Übertragungsgesetz keine gerichtliche Kontrollmöglichkeit (*appeal*) einräumt¹².

Das Rechtsmittel des *appeal* ist hinsichtlich Rechtsgrundlage und Prüfungsmaßstab von dem bereits erwähnten *judicial review* streng zu unterscheiden. In jenem Verfahren wird nicht die Einhaltung der Grenze der in Frage stehenden Rechtsmacht (so aber beim *judicial review*; Maßstab: *ultra vires*), sondern vielmehr das Ergebnis ihrer Ausübung kontrolliert ("Liegt eine 'richtige' Entscheidung vor?")¹³. Im Rahmen eines *appeal* ersetzt das Gericht die seiner Ansicht nach inhaltlich "falsche" Entscheidung durch eine "richtige". Am ehesten läßt sich dies wohl mit einer Zweckmäßigkeitkontrolle im Bereich der Ausübung von Verwaltungsermessen in unserem Rechtssystem vergleichen. Während also im Rahmen des *appeal* die Entscheidung der kontrollierten Behörde reformiert wird, mithin durchaus ein gerichtliches Ermessen an die Stelle behördlichen Ermessens treten kann, werden Verwaltungsentscheidungen im Rahmen des *judicial review* lediglich aufgehoben. Die Verwaltung wird in ihre rechtlichen Schranken verwiesen, innerhalb derer sie dann selbst eine erneute Entscheidung in der Sache treffen kann bzw. muß.

Diese Unterscheidung zwischen *appeal* und *judicial review* ist vor allem deswegen von Bedeutung, weil der *appeal* gegen eine Verwaltungsentscheidung nur dort statthaft ist, wo der Gesetzgeber ihn ausdrücklich einräumt, während der *judicial review* prinzipiell gegenüber allen Akten der öffentlichen Gewalt statthaft ist.

II. Konsequenzen eines strengen *ultra vires*-Prinzips für die gerichtliche Kontrolle öffentlicher Gewalt: Die traditionelle Lehre

Eine enge Auslegung der *ultra vires*-Lehre englischer Prägung durch die traditionelle Lehre von der *jurisdiction* (i.S.v. Zuständigkeit), die die Ausrichtung des *judicial review* an der *ultra vires*-Lehre sehr genau nahm, führte zunächst dazu, daß eine gerichtliche Kontrolle von Rechtsakten, die auf der Grundlage von parlamentarischen Gesetzen ergingen, auf bestimmte Aspekte beschränkt war. *Judicial review* war "Grenzkontrolle"; es wurde allein kontrolliert, ob das handelnde Rechtssubjekt bei seinem Rechtsakt die "Grenzen" der ihm durch das Parlament übertragenen, im Tatbestand einer generell-abstrakten Norm festgehaltenen

¹¹ *Ibid.*, 38.

¹² *Ibid.*, 42.

¹³ Zu dieser Zweistufigkeit sogleich unter A. II. bei der Differenzierung des *jurisdictional* und des *non-jurisdictional error*.

Rechtsmacht (*jurisdiction*) eingehalten hat. Eine Schwierigkeit lag nun darin begründet, daß – nicht zuletzt, um eine Abgrenzung zu dem *appeal* leisten zu können – keineswegs jeder Rechtsanwendungsfehler der handelnden Verwaltung deren *jurisdiction* beseitigte und damit dem *judicial review* zum Erfolg verhalf.

Mit Blick auf die *jurisdiction* wurde im Rahmen des *judicial review* zwischen zwei Fehlerkategorien unterschieden: Zum einen sollte es solche Fehler geben, bei denen sich die Verwaltung außerhalb der ihr übertragenen Rechtsmacht (*jurisdiction*) zur Entscheidung eines bestimmten Sachverhaltes bewegt, und zum andern solche Fehler, aufgrund derer eine Verwaltungsentscheidung schlicht falsch, deswegen aber noch nicht "*ultra vires*", und daher nicht im Wege des *judicial review* gerichtlich aufhebbar sein sollte.

Die Gerichte überprüften mit dem *judicial review* Entscheidungen der Verwaltung nur dahingehend, ob sie sich im Rahmen der übertragenen Rechtsmacht bewegten oder ob nicht etwa ein *jurisdictional error* vorlag. Konnte nur ein *error within jurisdiction* festgestellt werden, war Rechtsschutz nur im Verfahren des *appeal* zu erlangen – soweit dieser gesetzlich vorgesehen war.

Zentrale Bedeutung erlangt bei dieser Konstruktion der Begriff der *jurisdiction*. Dieser umschreibt die Zuständigkeit eines staatlichen Funktionsträgers, einen bestimmten Sachverhalt mit hoheitlicher Rechtsmacht zu regeln. *Jurisdiction* geht dabei weiter als der deutsche Begriff der Zuständigkeit (und ist daher durch diesen nur unzulänglich übersetzt): Die örtliche Zuständigkeit in bundesdeutscher Lesart bezieht sich auf den der Behörde zugewiesenen räumlichen Bereich, die sachliche Zuständigkeit auf die einer Behörde übertragenen Verwaltungsaufgaben¹⁴.

Nach diesem Verständnis umschreibt Zuständigkeit damit nur einen äußerlich faßbaren räumlich-sachlichen Rahmen, innerhalb dessen dann die Behörde aufgrund besonderer Ermächtigungsgrundlagen, nicht aber allein aufgrund einer Zuständigkeitsnorm in Individualrechte eingreifen darf. Hiernach stellt der Begriff der Zuständigkeit lediglich ein Verteilungsinstrument für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben innerhalb einer horizontal und vertikal gegliederten Staatsverwaltung dar, ohne seinerseits materiell-rechtliche Maßstäbe für Eingriffe in die Rechtssphäre des Bürgers zu setzen. Diese Maßstäbe sind Thema der materiellen Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns. Nach unter dem Grundgesetz herrschenden Verständnis handelt nur das sachlich oder räumlich unzuständige Rechtssubjekt in dem eingangs beschriebenen Sinne *ultra vires*, die materiell rechtswidrig handelnde Behörde hingegen agiert innerhalb der ihr sachlich und räumlich zugewiesenen Rechtsmacht, aber in einem bestimmten einzelnen Falle eben materiell rechtswidrig.

Schon die Umschreibung der *jurisdiction* macht deutlich, wie schwierig es sein mußte, anhand dieser Lehre einen Rechtsanwendungsfehler in eine der beiden Fehlerklassen einzuordnen. Nur der Ausgangspunkt war klar: Nicht jede fehler-

¹⁴ H.-U. Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998 (11. Aufl.), § 15 Rdnr. 5 ff. (308 ff.).

hafte Gesetzesauslegung und -anwendung sollte die *jurisdiction* beseitigen (und damit zu einer Entscheidung *ultra vires* führen); nicht jeder Rechts- oder Tatsachenfehler sollte im Verfahren des *judicial review* die Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung zur Folge haben.

Da nur bestimmte Fehler die *jurisdiction* beseitigen und damit zur gerichtlichen Aufhebung des Rechtsakts im Wege des *judicial review* führen konnten, mußten diese Fehler unterscheidbar sein. Hierzu wurde der Vorgang der verwaltungsseitigen Entscheidungsfindung in zwei Schritte aufgespalten: Zunächst entschied die Behörde anhand bestimmter Tatbestandsmerkmale einer Rechtsvorschrift, die ihre *jurisdiction* begründen, ob sie "überhaupt" die Rechtsmacht besaß, in einem konkreten Fall zu entscheiden. In einem zweiten Schritt übte sie die übertragene Regelungsgewalt durch Subsumption der Tatsachen unter die Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsgrundlage aus, die *non-jurisdictional* sein sollten.

Nur bei der Beurteilung von *jurisdictional facts* (hier: Rechtsfragen und Tatsachenfeststellungen) – also dem ersten Schritt der Entscheidungsfindung (Ist die Behörde "überhaupt" zuständig?) – sollte die Entscheidung der Behörde nicht abschließend sein und daher gerichtlicher Kontrolle in dem Verfahren des *judicial review* unterliegen. Lag ein *jurisdictional error* indes nicht vor, hatte der Entscheidungsträger die Freiheit, bei der Rechtsanwendung letztverbindlich und ohne richterliche Korrektur zu irren (*liberty to err*). Er bewegte sich bei fehlerhafter Beurteilung von *non-jurisdictional facts* (auch hier: Rechtsfragen und Tatsachenfeststellungen) nicht außerhalb der parlamentsgesetzlich übertragenen Rechtsmacht; ein *judicial review* war hier nicht möglich. Dieser Fehler konnte nur – soweit dies gesetzlich vorgesehen war – mit dem Rechtsbehelf des *appeal* gerügt werden.

Es kann nicht überraschen, daß sich auf der Grundlage der beiden Fehlerklassen die in der Rechtsprechung angelegten Differenzierungsversuche zwischen dem *jurisdictional* und dem *non-jurisdictional error* bzw. die Benennung der Tatbestandsmerkmale, die *jurisdiction* begründen, zu einem erstrangigen Prozeßrisiko entwickeln sollten.

Bekannt geworden ist in diesem Zusammenhang der sogenannte *Bum-boat-Fall*¹⁵.

Gegenstand des Verfahrens war die Befugnis der *magistrates*, Schiffe von bestimmter Art und Größe einzuziehen, wenn der Verdacht bestand, daß auf ihnen Hehlerware transportiert wurde. Gegen eine solche Einziehung wehrte sich ein Schiffseigner. Er verwies auf den Umstand, daß sein Schiff aufgrund von Größe und Bauart nicht unter die in dem der Einziehung zugrunde liegenden Rechtsakt normierten Tatbestandsmerkmale falle.

Die Richter waren der Ansicht, diese Frage nicht durch *judicial review* überprüfen zu können, da eine u.U. falsche Entscheidung keinesfalls die *jurisdiction* des Entscheiders berührt hätte.

Man könnte sich aber wohl auch auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen und behaupten, es sei nicht im Sinne des Parlaments gewesen, den *magistrates* die Rechtsmacht zur Einziehung größerer Schiffe zu übertragen, weswegen jeder

¹⁵ *Brittain v. Kinnard* (1819) 1 Br. & B 432.

Zugriff auf ein nicht den Tatbestandsmerkmalen der Ermächtigungsgrundlage entsprechendes Schiff eine Handlung außerhalb der parlamentarisch übertragenen Rechtsmacht, mithin eine Handlung *ultra vires* sein mußte.

In einem anderen Fall war die Verwaltung befugt, unter bestimmten Bedingungen den Mietzins für ein Wohnraummietobjekt zu reduzieren. Irrtümlich hielt die Behörde ein gewerblich vermietetes Objekt für ein Wohnraummietobjekt und verringerte kraft hoheitlicher Anordnung den Mietzins¹⁶.

Das Gericht war der Ansicht, die Tatsache, ob ein Wohn- oder ein Gewerbemietverhältnis vorliege, berühre die *jurisdiction* der Verwaltung. Deswegen sei gerichtlich überprüfbar, ob auch tatsächlich eine Wohnraummiete vorliege. Sei dies nicht der Fall, handele die Behörde mit ihrem Eingriff in das Mietverhältnis *ultra vires*.

Diese Beispiele zeigen, daß die vorgenommene Differenzierung zwischen den verschiedenen Fehlertypen und damit zwischen verschiedenen Klassen von Tatbestandsmerkmalen innerhalb ein- und desselben Tatbestandes schwer nachvollziehbar war und ist: Normiert das Parlament, daß bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale A, B und C die Rechtsfolge X eintreten soll, so sind die drei Merkmale grundsätzlich gleichwertig. Für den Eintritt der Rechtsfolge X müssen alle gleichermaßen erfüllt sein. Hier – ohne irgendeinen Anhaltspunkt – zwischen den Tatbestandsmerkmalen A, B und C zu differenzieren und an die Fehlbeurteilung des einen Tatbestandsmerkmals andere Rechtsfolgen zu knüpfen als an die des anderen, ist kaum überzeugend. Der parlamentarische Gesetzgeber stellt auf das Zusammenspiel aller drei Merkmale ab.

Wenn die traditionelle englische Lehre demgegenüber davon ausging, daß eine Behörde zunächst überprüft, ob ihr in einem bestimmten Fall *jurisdiction* im Sinne einer tatbestandlich normierten Entscheidungsmacht zukommt, um dann innerhalb dieser u. U. rechtsfehlerhaft schalten und walten zu können, so kollidierte dieser Ansatz mit dem logisch gebotenen Gleichrang aller Tatbestandsmerkmale. Eine durchschaubare oder gar zwingende Unterscheidung zwischen diesen oder jenen Tatbestandsmerkmalen war kaum möglich und entwickelte sich daher im Laufe der Zeit immer mehr zu einer Wertungsfrage: Überall dort, wo die Gerichte einen Macht- oder Rechtsmißbrauch witterten oder wo besonders sensible Rechtsgüter auf dem Spiel standen, waren sie bereit, ein bestimmtes, fehlerhaft ausgelegtes Tatbestandsmerkmal als *jurisdictional* oder die falsche Subsumption unter ein Tatbestandsmerkmal als *jurisdictional error* einzustufen. So wurden beispielsweise in solchen Fällen, in denen die Freiheit der Person im Mittelpunkt stand, meist alle Tatbestandsmerkmale einer Ermächtigungsgrundlage als *jurisdictional* angesehen¹⁷.

Doch nicht nur die Unterscheidung zwischen *jurisdictional* und *non-jurisdictional error* begrenzte die Rechtsschutzfunktion des *judicial review* bei der Überwachung der Verwaltung. Auch die enge Anbindung der dem *judicial review*

¹⁶ *R. v. Hackney (etc.) Rent Tribunal, ex parte Keats* [1951] 2 KB 15.

¹⁷ *R. v. Board of Control, ex parte Rutty* [1956] 2 QB 109; *R. v. Radcliffe (Judge), ex parte Oxfordshire County Council* [1915] 3 KB 418.

zugrundeliegenden *ultra vires*-Lehre an den (unterstellten) Willen des Parlaments führte zu einer Begrenzung der gerichtlichen Prüfungsmaßstäbe.

Diese Erkenntnis setzte eine Entwicklung in Gang, vor deren Hintergrund letztendlich die Frage aufgeworfen werden sollte, ob sich englische Rechtswissenschaft und Rechtsprechung im Bereich des *judicial review* das *ultra vires*-Prinzip als Maßstab für die richterliche Kontrolle öffentlicher Gewalt nicht nur noch als Feigenblatt vorhalten, während die wahre dogmatische Basis übersehen oder gar verdrängt wird. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

III. Die Tendenzen zur Ausdehnung der richterlichen Kontrolle öffentlicher Gewalt durch *judicial review*

Die oben erläuterte dogmatische Ankoppelung des *judicial review* an die *ultra vires*-Lehre und damit an die Erforschung des Willens des parlamentarischen Gesetzgebers bescherte diesem Rechtsschutzsystem eine recht schmale dogmatische Grundlage, die sich u. a. in der Beschränkung auf die Kontrolle von durch Gesetz übertragener Macht manifestierte, obschon die englische Rechtsordnung nicht nur weitere staatliche Rechtsquellen, sondern auch Ausübung öffentlicher Macht kennt, die nicht unmittelbar auf den Staat rückführbar ist.

Diese ursprüngliche Fixierung hat aber erstaunlicherweise die schrittweise Ausdehnung des *judicial review* nicht hindern können: Zum einen wurde die *ultra vires*-Lehre insofern ausdehnend interpretiert, als auf ihrer Grundlage auch formale Standards öffentlicher Entscheidungsfindung wie etwa Anhörungs- und Begründungspflichten sowie eine Ermessensfehlerlehre entwickelt wurden (hierzu sogleich sub. [1.]); hierin lag eine Verfeinerung der Kontrollmaßstäbe des *judicial review*.

Darüber hinaus erstreckten die Gerichte unter dem Vorzeichen des *judicial review* den Rechtsschutz auch auf solche Entscheidungen, deren Ursprung nicht ohne weiteres in dem Bereich organisierter Staatlichkeit bzw. parlamentsgesetzlich begründeter Kompetenzen zu finden ist (s.u. 2.). Hierin lag eine Ausdehnung des Prüfungsgegenstandes.

1. Ausdehnung des Prüfungsmaßstabs: Die Regeln der *Natural Justice*

Der Begriff der *Natural Justice* führt nicht in höhere Sphären der Rechtsphilosophie. Er kennzeichnet eine bestimmte Gruppe von Regeln, die u. a. formale Anforderungen an die Ausübung öffentlicher Gewalt stellen. Aus deutscher Sicht spräche man von den Anforderungen an die formelle Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns (v. a. Form und Verfahren). Die Spuren solcher Regeln, die heute unter dem Oberbegriff der *Natural Justice* zusammengefaßt werden, reichen weit in die englische Rechtsgeschichte zurück¹⁸.

¹⁸ Als Beispiel gilt die Erwähnung des Grundsatzes *nemo iudex in sua causa* in einem Fall aus dem Jahre 1610 (*Dr. Bonham's case*; 8 Co. Rep. 113 b, bei 118 a).

Der Begriff der Natural Justice erfüllt eigentlich nur eine gewisse Appellfunktion. Jedermann sollte einsehen, daß gewisse Standards guter Verwaltung einfach Aspekt einer jeden staatlichen Entscheidung – unabhängig von deren inhaltlicher Richtigkeit – sein müssen. Allgemeine Anerkennung und zentrale Bedeutung haben hier die Regeln über die Befangenheit von Entscheidungsträgern¹⁹ und die grundsätzliche Pflicht zur Anhörung eines Betroffenen vor dem Erlaß einer ihn betreffenden Maßnahme²⁰ erlangt. Noch in der Entstehung begriffen, wohl aber kurz vor dem Durchbruch zu allgemeiner Anerkennung ist die allgemeingültige Rechtspflicht des öffentlichen Entscheidungsträgers, seine Entscheidung zu begründen²¹.

Die dogmatische Verwurzelung dieser Rechtsinstitute als Maßstab für den *judicial review* ist trotz der Evidenz ihrer Notwendigkeit nicht zwanglos aus der *ultra vires*-Lehre abzuleiten, wurden die entsprechenden Regeln durch die Rechtsprechung doch durchweg in solchen Fällen entwickelt, in denen dem Gesetz zu Fragen der formellen Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in Individualrechte keinerlei Aussage zu entnehmen ist. Die Gerichte argumentierten in solchen Fällen von der Basis der *ultra vires*-Lehre aus mit der Unterstellung, daß – auch (und gerade) wenn sich der parlamentarische Gesetzgeber überhaupt nicht zu Fragen von Form und Verfahren äußert – er kaum gewollt haben kann, daß eine materiell “richtige” Entscheidung ohne die Berücksichtigung allgemein anerkannter Verfahrensgrundsätze zustande kommen soll. Die Regeln der Natural Justice wurden damit zu Vorschriften, die jeder vom Parlament erlassenen Rechtsnorm implizit mit auf den Weg gegeben sein sollen. Werden diese Regeln, die nach Vorstellung der Rechtsprechung mit jeder Ermächtigungsgrundlage “mitgelesen” werden müssen, bei der Rechtsanwendung außer Acht gelassen, so führt dies dazu, daß sich der Entscheidungsträger außerhalb seiner Rechtsmacht bewegt, seine Handlung *ultra vires* ist und damit von den Gerichten in dem Verfahren der AJR aufgehoben werden kann.

Man wird schon in diesem Zusammenhang den Vorwurf ernst nehmen müssen, daß dieser Argumentation (und damit dem zwanghaften Festhalten an der *ultra vires*-Lehre als Kontrollmaßstab) eine gewisse Künstlichkeit zu eigen ist. Dies gilt in noch größerem Maße für einen weiteren Aspekt der Natural Justice: Ebenfalls mit einer auf der *ultra vires*-Lehre und damit dem Willen des Parlaments basierenden Argumentation wurde von den Gerichten eine subtil ausdifferenzierte Ermessensfehlerlehre entwickelt. Als Ermessensfehler wurden etwa die Vorwegbindung des Ermessens, das unangebrachte Festhalten an den Einzelfall nicht berücksichtigende Regeln für die Ermessensausübung, die unrechtmäßige Delegation der Ermessensausübung, die Berücksichtigung nicht sachgerechter Aspekte bei der Entscheidungsfindung oder die Berücksichtigung unlauterer Zwecke sowie

¹⁹ P. Craig, *Administrative Law*, 1999 (4. Aufl.), 451 ff.

²⁰ *Ibid.*, 401 ff.

²¹ P. Cane, *An Introduction to Administrative Law*, 1996 (3. Aufl.), 188 ff.

die *unreasonableness* im Sinne einer völligen Unnachvollziehbarkeit einer Ermessensentscheidung (auch *Wednesbury-unreasonableness*²²) entwickelt²³.

Unter Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber überall dort, wo er der Verwaltung Ermessen einräumt, erwartet, daß dieses Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wird, führen diese Ermessensfehler stets dazu, daß der entsprechende Rechtsakt *ultra vires* ist und von dem Gericht aufgehoben werden kann. Die ordnungsgemäße Ausübung von Ermessen wird dabei als Verfahrensfrage aufgefaßt, die dem eigentlichen Verfahrensergebnis – der Entscheidung – vorgelagert ist.

Die Annahme solcher implizierter Vorgaben mochte vielleicht dort noch aus der *ultra vires*-Lehre ableitbar sein, wo sich die Ausdifferenzierung der auf diesem Wege – gleichsam aus dem normativen “Nichts” – gewonnenen Regeln auf dem archaischen Niveau eines “*audi alteram partem*” oder eines “*nemo iudex in sua causa*” bewegen. Die Rechtsprechung gelangt allerdings dort in eine gewisse Argumentationsnot, wo solche Regeln in mannigfache Fallgruppen mit vielfachen Ausnahmen, Unterausnahmen und Modifikationen aufgegliedert werden. Wie kann dann noch von der Grundlage der *ultra vires*-Lehre aus mit einem implizierten Willen des Parlaments argumentiert werden?

Sieht man in dieser Berufung auf den Willen des Parlaments nur eine Fiktion, stellt sich die Frage, wie sich die richterlichen Rechtsschöpfungen der Natural Justice rechtfertigen lassen. Die *ultra vires*-Lehre droht ihre Schlüsselfunktion als dogmatische Basis des *judicial review* zu verlieren. Diese Gefahr droht allerdings in noch größerem Maße durch eine weitere, parallele Entwicklung im Bereich des *judicial review*. Dies wird deutlich werden, wenn im folgenden die Entwicklung der gerichtlichen Kontrolle von nicht- oder nur halb-staatlichen *non-statutory powers* und – *bodies* und von Rechtsakten auf der Grundlage der *royal prerogative* analysiert wird.

2. Die Ausdehnung des Prüfungsgegenstandes: Entscheidungen ohne parlamentsgesetzliche Grundlage

Während im vorangegangenen Abschnitt die Erweiterung des Prüfungsmaßstabs für den *judicial review* nachvollzogen wurde, ist nunmehr eine Entwicklung zu betrachten, die zu einer Ausweitung der in dem Verfahren des *judicial review* von den Gerichten überwachten Entscheidungen führte – mithin des Prüfungsgegenstandes.

Die Bezugnahme auf die *ultra vires*-Lehre als dogmatische Grundlage für einen *judicial review* setzt *prima facie* ein Parlamentsgesetz als Prüfungsmaßstab für die Kontrolle der streitbefangenen Entscheidung voraus. Dessen ungeachtet begannen die Gerichte, auch solche Rechtsakte einem *judicial review* zu unterziehen, deren Entscheidungsträger nicht durch parlamentarischen Akt, sondern auf Initiative der

²² Benannt nach dem Fall *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

²³ Siehe die systematische Darstellung bei Cane (Anm. 21), 139 ff.; Craig (Anm. 19), 507 ff.

Verwaltung oder gar gänzlich ohne staatliche Mitwirkung errichtet worden waren und deren Entscheidungen auch nicht auf parlamentsgesetzlichen Grundlagen basierten. Dennoch hielt die Rechtsprechung hier gerichtliche Kontrolle durch *judicial review* für erforderlich, um die wachsende Macht solcher Organisationen in rechtlich geordneten Bahnen zu halten²⁴.

Den Ausgangspunkt dieser Entwicklung stellen eine Reihe von Urteilen dar, die Entscheidungen des Criminal Injuries Compensation Board betrafen²⁵. Bei dieser Einrichtung handelt es sich um eine der Ministerialverwaltung nachgeordnete Stelle, die sich mit der Entschädigung von Kriminalitätsoptionen befaßt. Sie wurde nicht durch einen Akt des Parlaments gegründet, ihre Entstehung ging vielmehr auf eine administrative Initiative zurück. Es ist deswegen auch nicht möglich, anhand eines Errichtungsgesetzes festzustellen, wie weit die *jurisdiction* des Board geht – mithin, welche seiner Entscheidungen *ultra vires* sind.

Dennoch wurden die Entscheidungen des Board dem *judicial review* unterworfen. An die Stelle des Parlamentsaktes als Prüfungsmaßstab traten die Verwaltungsvorschriften, die der Innenminister zur Regelung von Kompetenzen und Verfahren des Board erlassen hatte. Sie umschrieben den rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen das Board sich zu bewegen hatte.

Doch bildeten die das Board betreffenden Entscheidungen und der in ihnen enthaltene Verzicht auf das Erfordernis eines parlamentsgesetzlich vorgegebenen Handlungsrahmens als Grundlage des *judicial review* nur ein Zwischenstadium für die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des *judicial review* auf die Rechtsakte nicht-staatlicher Körperschaften.

Eine solche ist zum Beispiel das Panel on Take-overs and Mergers²⁶, das auf der Grundlage von z.T. staatlichen und z.T. selbsterstellten Normen Unternehmenskäufe und -zusammenschlüsse in der Londoner City kontrolliert²⁷. Das Panel ist eine nicht-rechtsfähige Vereinigung, deren zwölf Mitglieder von einflußreichen Interessenverbänden der Londoner City bestimmt werden. Das Panel hat keine parlamentsgesetzliche, auf der *royal prerogative* oder auf Common Law beruhende Entscheidungsmacht und befindet sich auch nicht in einem Vertragsverhältnis mit den Akteuren des Londoner Finanzmarktes.

Ungeachtet dessen übt es *de facto* eine enorme Macht aus, indem es die Vorschriften des City Code on Take-overs and Mergers – eines von Regierung und Bank of England (nur) angeregten Regelwerks – autoritativ interpretiert, anpaßt und deren Einhaltung überwacht; Verstöße gegen den Code werden von dem Panel untersucht.

²⁴ Wade/Forsyth (Anm. 10), 662f.m.w.N.

²⁵ *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, ex parte Lain* [1967] 2 QB 864; *ex parte Schofield* [1971] 1 WLR 926; *ex parte Tong* [1976] 1 WLR 1237; *ex parte Cummins* [1992] 4 Admin. LR 747.

²⁶ Hierzu etwa C. Turpin, *British Government and the Constitution*, 1999 (4. Aufl.), 406.

²⁷ Nähere Informationen zu diesen Regeln sind unter <http://w2.xrefer.com/entry/106191> (letzter Besuch am 6.9.2000) zu finden.

Obschon diese Selbstverwaltungskörperschaft²⁸ inzwischen in verschiedenen Gesetzen Erwähnung findet, ist ihre Existenz doch weder auf einen förmlichen staatlichen Gründungsakt rückführbar (insbesondere handelt es sich bei ihm nicht um eine gesetzlich errichtete Selbstverwaltungskörperschaft) noch erfaßt ihre Entscheidungsmacht nur solche Unternehmen, die sich dieser Aufsicht freiwillig unterworfen haben. Verstöße gegen die Regeln des Panels können dennoch unangenehme Folgen – wie etwa den Ausschluß eines Wertes von der Londoner Börse – nach sich ziehen.

Ohne das Problem anzurühren, von welcher Rechtsgrundlage das Panel seine Aufsichtskompetenzen über die von ihm kontrollierten Unternehmen ableitet, wurden die Entscheidungen des Panels im Wege des *judicial review* den gleichen Kontrollmaßstäben wie die Entscheidungen der staatlichen Verwaltung unterworfen (etwa die sich aus den Anforderungen der Natural Justice ergebenden Verfahrensmaximen)²⁹, um zugunsten der Betroffenen die erhebliche Macht und das weite Ermessen des Panels bei seinen Entscheidungen im Zaum zu halten bzw. in rechtlich faßbare Bahnen zu lenken.

Als Grund für die Kontrolle der Panel-Entscheidungen im Verfahren des *judicial review* führten die Richter an, daß das Panel eine wichtige öffentliche Aufgabe (*public function*) erfülle, auf deren ordnungsgemäße Wahrnehmung sich Regierung und Gemeinwesen verlassen.

Kriterium für die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen bestimmter Machtträger durch Mechanismen, die eigentlich für die auf Parlamentsgesetz beruhenden Akte staatlicher Gewalt geschaffen worden waren, wurde damit das *public element*, dessen Vorhandensein in den wahrgenommenen Aufgaben das entsprechende Rechtssubjekt der AJR und damit den für den *judicial review* entworfenen Grundsätzen für Verfahren und Ermessenskontrolle unterwarf.

Daß der Begriff des *public element* unerhört weit und verschwommen ist und damit zu vielfältigen Interpretationen einlädt, bedarf wohl kaum weiterer Ausführung. Eindeutig nicht in dieses erweiterte Anwendungsfeld des *judicial review* mit einbezogen werden allein – auch wenn über soziale oder wirtschaftliche Macht verfügend – diejenigen Körperschaften, deren individuelle Rechte berührenden Kompetenzen in irgendeiner Weise auf eine vertragliche Unterwerfung gegründet sind, auch wenn diese Unterwerfung aufgrund der Monopolstellung dieser Körperschaft nahezu unausweichlich sein sollte (wie z. B. bei Sportverbänden)³⁰.

Eine interessante Beobachtung ist in diesem Zusammenhang, daß die Rechtsprechung schon vor dem Einsetzen der soeben beschriebenen Entwicklung den *judicial review* bereits auf solche Rechtsakte angewendet hatte, die zwar staatlichen Ursprungs waren, indes nicht auf parlamentsgesetzlicher Grundlage beruh-

²⁸ Dieser Begriff wird hier in einem untechnischen Sinne verwendet.

²⁹ *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin Plc.* [1987] QB 815.

³⁰ *Law v. National Greyhound Racing Club Ltd.* [1983] 1 WLR 1302; *R. v. Lloyd's of London, ex parte Briggs* [1993] 1 Lloyd's Report 176; *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 1993. Siehe auch (zur Gründung der englischen Premier League) *R. v. Football Association Ltd., ex parte Football League Ltd.* [1993] 2 All ER 833.

ten. Auch Regierungsentscheidungen, die auf der Grundlage der *royal prerogative* ergingen, waren dem *judicial review* in vollem Umfang unterworfen worden.

Prerogative Powers sind ursprünglich dem Monarchen, heute der Regierung zustehende, nicht auf parlamentsgesetzlicher Grundlage (sondern auf Common Law) beruhende Kompetenzen. Sie spielen inzwischen nur noch in Randbereichen des Verwaltungsrechts, wie z.B. im Zusammenhang mit dem Kriegs- und dem Gnadenrecht sowie einigen Akten der auswärtigen Gewalt, eine Rolle³¹. Viele der früher der *royal prerogative* zugerechneten Kompetenzen sind heute gesetzlich geregelt.

Soweit durch die Ausübung von Kompetenzen auf der Grundlage der *royal prerogative* Individualrechte betroffen wurden, hatten die Gerichte zunächst (in Anlehnung an die traditionelle Lehre von der *jurisdiction*) nur überprüft, ob die Voraussetzungen vorliegen, die für die Inanspruchnahme der Kompetenzen gegeben sein müssen. Darüber hinaus wurde weder die unter dem Vorzeichen der Natural Justice entwickelte Ermessensfehlerlehre angewendet, noch wurde die Einhaltung der übrigen formellen Erfordernisse (Anhörung etc.) überprüft³². Dies änderte sich mit der *GCHQ*-Entscheidung³³, in der ausdrücklich festgestellt wurde, daß Rechtsakte – unabhängig von der Rechtsnatur ihrer Kompetenzgrundlage (*statute* oder *royal prerogative*) – dem *judicial review* unterliegen sollten, sobald sie in private Rechte eingreifen – zumindest wenn und soweit die Rechtsakte justiziabel sind. Mit dieser Einschränkung wurden allein solche Akte aus dem Anwendungsbereich des *judicial review* ausgespart, die ihrer Natur nach nicht gerichtlich kontrollierbar sind; die bundesdeutsche Rechtsordnung kennt Ähnliches³⁴.

Daß sich eine Ausdehnung des *judicial review* auf die Kontrolle von Entscheidungen, die nicht auf parlamentsgesetzlicher Grundlage beruhen, als ein weiterer Schritt zur Erosion der *ultra vires*-Lehre als dogmatischer Grundlage und Rechtfertigung des *judicial review* erweisen würde, wird schnell klar: Dort, wo öffentliche Macht auf der Grundlage von Common Law oder gar ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage – jedenfalls aber ohne explizite parlamentsgesetzliche Grundlage – ausgeübt wird, kann die Verteidigung des Parlamentswillens, die Überprüfung der Einhaltung von Grenzen parlamentarisch übertragener Rechtsmacht nicht mehr als Rechtfertigung für die Ausübung eines *judicial review* herangezogen werden. Wo das Parlament keine *vis* überträgt, können deren Grenzen auch nicht überschritten werden.

Diese Ausdehnungen von Prüfungsmaßstab und -gegenstand des *judicial review* werden um so bedeutsamer für die Verwaltung, je feinmaschiger die in diesem Zusammenhang ausgeübte Kontrolle ist. Unter diesem Aspekt ist nunmehr eine

³¹ Dazu Cane (Anm. 21), 23f.

³² Wade/Forsyth (Anm. 10), 382f.

³³ *Council of the Civil Service Union v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374; auf die Entscheidung wird in der Literatur als *GCHQ*-Entscheidung Bezug genommen, da sie sich mit der Gewerkschaftszugehörigkeit von Bediensteten in dem *Government Communications Headquarter* befaßte.

³⁴ F.O. Kopp/W.-R. Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Aufl. (1998), §40, Rn. 5a ff.

dritte Entwicklung nachzuvollziehen, die die Kontrollmöglichkeiten der Gerichte enorm erweitert hat: Die Erhöhung der Kontrolldichte des *judicial review* durch Auflösung der Unterscheidung zwischen dem *jurisdictional* und dem *non-jurisdictional error* wurde mit *Anisminic*³⁵ gleichermaßen eingeleitet und vollzogen.

3. Die Erhöhung der Kontrolldichte: Der *Anisminic*-Fall

Die das Verfahren des *judicial review* zugleich bestimmende wie erschwerende Unterscheidung zwischen *jurisdictional* und *non-jurisdictional error* war vor der berühmten *Anisminic*-Entscheidung nur insoweit relativiert worden, als offensichtliche Fehler in der Rechtsanwendung (*error of law on the face of the record*) auch von den Gerichten korrigiert werden konnten, wenn sie innerhalb der Grenzen der *jurisdiction* erfolgten. Dieses alte und früher schon in anderem Zusammenhang relevante Rechtsinstitut³⁶ des *error of law on the face of the record* war im Jahr 1952 im *Northumberland*-Fall³⁷ wiederentdeckt worden.

Hier hatte sich ein Krankenhausangestellter gegen eine – wie aus den Akten ersichtlich war – evident falsch berechnete Abfindung gewehrt – nach den oben entwickelten Kategorien ein klassischer *error within jurisdiction*, der ein gerichtliches Eingreifen auf der Grundlage der *ultra vires*-Prinzipien nicht ermöglichte.

Obschon in der gesetzlichen Grundlage der Abfindungszahlung keine Möglichkeit eines *appeal* gegen die Entscheidung der handelnden Behörde vorgesehen war, hob das Gericht die fehlerhafte Entscheidung mit der Begründung auf, daß das Gericht das *tribunal* zu kontrollieren habe, und zwar “not in an appellate capacity, but in a supervisory capacity”. Die Kontrollpflicht des Gerichts umfasse nicht allein die Überwachung der *jurisdiction*, sondern auch die Vorgabe, daß nicht “offensichtliche” Rechtsfehler gemacht werden. Das Problem, inwieweit das Gericht in Gefahr steht, trotz Unzulässigkeit eines *appeal* seine eigene Rechtsauffassung an die Stelle der Subsumption des *tribunal* zu setzen, wurde mit dem Hinweis abgetan, daß die ursprüngliche Entscheidung nur kassiert, nicht aber durch eine Entscheidung des Gerichts reformiert werde, so daß das *tribunal* nunmehr selbst ein neues Verfahren mit neuer Entscheidung durchzuführen habe.

Dieser Fall war ein wichtiger Markstein bei der Ausdehnung der richterlichen Kontrolle öffentlicher Gewalt, da hier – unabhängig von der Frage des *jurisdictional* und *non-jurisdictional error* – ein evidenter Rechtsfehler bei der Ausübung öffentlicher Gewalt ohne feste dogmatische Basis aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit richterlicher Kontrolle unterzogen wurde.

Der letzte Schritt zu einer umfassenden Kontrolle von Rechts- und Subsumptionsfehlern unabhängig von deren “Evidenz” blieb indes der bereits erwähnten *Anisminic*-Entscheidung vorbehalten:

³⁵ *Anisminic v. Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

³⁶ Siehe den Überblick bei S.H. Bailey/B.L. Jones/A.R. Mowbray, *Cases and Materials on Administrative Law*, 1992 (2. Aufl.), 593.

³⁷ *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex parte Shaw* [1952] 1 KB 338.

Der Foreign Compensation Fund, eine staatlichen Stelle, deren Aufgabe darin bestand, Schadensersatzleistungen an im Ausland enteignete Engländer zu verteilen, hatte den Schadensersatzanspruch einer Antragstellerin (*Anisminic Ltd.*) mit der Begründung abgewiesen, daß diese ihre nach wie vor noch bestehende (aber inhaltlich entleerte) Inhaberstellung an dem Enteignungsgegenstand (einem Unternehmen) vor einem bestimmten Stichtag an ein ausländisches Unternehmen übertragen hatte. Die den Anspruch zurückweisende Entscheidung wurde auf die – für sich nicht zu beanstandende – Regel des Fund gegründet, nach der in einer solchen Konstellation eine Entschädigung nur dann möglich sein solle, wenn es sich bei dem Rechtsnachfolger des Anspruchstellers nicht um einen britischen Staatsangehörigen handelte. Das Gericht legte die entsprechende Vorschrift in dem gegen die ablehnende Entscheidung des Fund angestregten *judicial review* allerdings anders aus, indem es sie dort für unanwendbar hielt, wo der Vorgänger des Rechtsnachfolgers schon britischer Staatsangehöriger gewesen war. Hiernach war im zu beurteilenden Fall eine Zahlungspflicht des Funds gegeben.

Das Gericht gab die problematische Unterscheidung zwischen dem *jurisdictional error* und dem *non-jurisdictional error* ausdrücklich auf, in dem es feststellte, daß alle Rechtsfehler die *jurisdiction* des Entscheiders berührten. Die künstliche Aufteilung des Rechtsfindungsvorgangs in die (zuständigkeitsbegründende) Prüfung, ob *jurisdiction* i.S.v. Regelungsmacht besteht, einerseits und die Ausübung dieser Macht andererseits, entfiel im folgenden. Jeder Rechtsfehler, jede irriige Auslegung von Tatbestandsmerkmalen, jede fehlerhafte Subsumption wurden als Mißachtung der vom Parlament in abstrakt-generellen Sätzen übertragenen Regelungsmacht angesehen; entsprechende Entscheidungen waren *ultra vires*. In einer späteren, alle Zweifel über das Schicksal der Unterscheidung zwischen *jurisdictional* und *non-jurisdictional error* beseitigenden Entscheidung³⁸ stellte das House of Lords fest, daß das Parlament Entscheidungsmacht nur zu dem Zweck rechtmäßiger Ausübung überträgt und daß daher jede rechtliche Fehleinschätzung gerichtlicher Kassation unterliegt.

Bei der weiteren Analyse dieser Entwicklung muß allerdings auch der rechtspolitische Hintergrund von *Anisminic* beachtet werden: In den Rechtsgrundlagen über die Organisation des Foreign Compensation Fund war eine Klausel enthalten, die eine gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen dieses Gremiums beschränken sollte (*“shall not be called in question in any court of law”*). Schon früher hatte das Parlament versucht, die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung durch solche und ähnliche Formulierungen im Zaum zu halten. Der Erfolg war eher dürftig, da die Rechtsprechung diese Klausel (unter der alten Doktrin, die zwischen *jurisdictional* und *non-jurisdictional error* unterschieden hatte) stets restriktiv ausgelegt hatte. Sie vertrat die Ansicht, daß eine sogenannte *ouster clause* nur solche Fälle abdecken könne, in denen die Exekutive innerhalb ihrer *jurisdiction* handelte, nicht aber, wenn sich die in Frage stehende Handlung *ultra vires* bewegte³⁹. Damit wurden diese und ähnliche Klauseln praktisch nur als aus-

³⁸ *R. v. Hull University Visitor, ex parte Page* [1993] AC 682.

³⁹ Siehe z.B. *Chester v. Bateson* [1920] 1 KB 829; *Commissioners of Customs and Excise v. Cure & Deeley Ltd.* [1962] 1 QB 340.

drückliche Feststellung angesehen, daß das Rechtsmittel des *appeal* nicht gewährt werden sollte⁴⁰. Die Richter vertraten die Ansicht, daß es kaum dem Willen des Parlaments entsprechen könne, Verwaltungsentscheidungen, die sich außerhalb ihrer *jurisdiction* bewegten, gerichtlich unangreifbar zu machen. Dem hat das Parlament – trotz aller Formulierungskünste bei der Normierung solcher Klauseln – nie ausdrücklich zu widersprechen gewagt. Die Ausdehnung des *jurisdictional error* auf alle Rechtsfehler und damit die Gleichsetzung bloß rechtswidriger Entscheidungen und solcher, die sich *ultra vires* bewegen, mußte nun die *ouster clauses* völlig sinnlos werden lassen: Wenn jede rechtsfehlerhafte Handlung *ultra vires* ist, so kann auch jeder Rechtsfehler unabhängig von der Existenz einer *ouster clause* gerichtlich überprüft werden.

B. Wandlungen des judicial review und Ansätze zu ihrer dogmatischen Bewältigung: Das Ende der ultra vires-Lehre?

In den vorangegangenen Abschnitten wurde die Funktion der *ultra vires*-Lehre als Basisfunktion und Kontrollmaßstab des gerichtlichen Schutzes gegen Akte der öffentlichen Gewalt und die Ausdehnung des *judicial review* unter drei verschiedenen Aspekten beleuchtet: Erstens die Entwicklung des *judicial review* zu einem unerschöpflichen Quell, aus dem vom Parlament gewünschte, aber unausgesprochen gebliebene Regeln der Natural Justice abgeleitet werden können; zweitens die Auflösung der Anbindung des *judicial review* an die ausdrückliche parlamentsgesetzliche Übertragung von Macht; drittens die Verdichtung des *judicial review* von einer Kontrolle der Einhaltung äußerer Grenzen übertragener Regelungsmacht zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle.

Diese drei Entwicklungsstränge verdeutlichen, wie sich die *ultra vires*-Lehre als Kontrollmaßstab in England entfaltete, über ihren ursprünglichen Anspruch hinauswuchs und dabei an dogmatischer Konsistenz einbüßte. Dies nährte Zweifel an dem Wert der traditionellen Lehre als Basisfunktion für die gerichtliche Kontrolle öffentlicher Gewalt durch den *judicial review*⁴¹.

Für die gerichtliche Kontrolle von Machtausübung nicht-staatlichen Ursprungs wurde festgestellt, daß dort, wo keine Macht vom Parlament übertragen wird, auch nicht die Einhaltung der Grenzen übertragener Macht kontrolliert werden kann⁴². Ebenso wenig könne in diesem Zusammenhang von einem potentiellen Willen des Übertragenden die Rede dahingehend sein, daß der Entscheidende die unter dem Vorzeichen der Natural Justice entfalteten Regeln einzuhalten hat. Alle Ausformungen der *ultra vires*-Lehre seien als richterliche Rechtsfortbildung in

⁴⁰ Diese Deutung war indes nicht sehr sinnvoll, da das Rechtsmittel des *appeal* ohnehin der ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung bedarf.

⁴¹ Erstmals: D. Oliver, PL 1987, 543 ff.; gegen ihn C. Forsyth, CLJ 1996, 122 ff.; auch kritisch P. Craig, CLJ 1998, 63 ff. Die wegweisenden Arbeiten zu dieser Auseinandersetzung finden sich neuerdings auch zusammengefaßt in: C. Forsyth (Hrsg.), *Judicial Review and the Constitution*, 2000.

⁴² Oliver (Anm. 41), 543 ff. (545).

einen fiktiven Willen des Gesetzgebers hineingelesen worden, um auf diese Weise ihren Ursprung – die richterliche Rechtsfortbildung durch Common Law – zu verschleiern⁴³.

In der Tat muß die oben beschriebene Entwicklung des *judicial review* Anlaß sein, die Basisfunktion des *ultra vires*-Prinzips klassischer Prägung zu überdenken. Es ist handgreiflich, daß die alleinige Bezugnahme auf den Willen des parlamentarischen Gesetzgebers immer mehr an Glaubwürdigkeit einbüßt, je ausdifferenzierter das auf diesem Grund errichtete Regelgebäude wird⁴⁴. Ebenso handgreiflich ist, daß die Kontrolle von Entscheidungen, die nicht auf parlamentsgesetzlicher Grundlage beruhen, kaum an dem positiven Willen des Parlaments ausgerichtet werden kann.

Auf der Grundlage einer orthodoxen *ultra vires*-Lehre können die dargestellten Entwicklungen nur zu einem Teil erklärt werden. Diese Lehre kann daher nur Baustein eines Modells sein, in dem andere Erklärungsansätze eine gleichberechtigte Rolle spielen.

Ein Ansatz hierfür läßt sich finden, wenn man einen (deutschen) Klassiker des englischen Rechts zu Rate zieht. Gustav Radbruch hat das Verhältnis von Richterrecht (*common law*) und parlamentarischen Gesetzen (*statute law*) dahingehend charakterisiert, daß das Parlament zwar die im Common Law entwickelten Rechtssätze aufheben oder abändern kann, um auf diese Weise seine Souveränität durchzusetzen⁴⁵. Diese eigentlich unbeschränkte Zuständigkeit des Parlaments findet jedoch in dem Ansehen der Richter und in weiser Selbstbeschränkung des parlamentarischen Gesetzgebers seine Grenzen. Das englische Parlament kodifiziert in der Regel nicht, sondern hilft durch den Inhalt seiner Gesetze einzelnen Mißständen ab. "So ist das Statute Law bisher immer auf Korrekturen und Ergänzungen des Common Law beschränkt geblieben und hat diesem die Grundlagen und den Großteil der Baufläche des Rechts willig überlassen"⁴⁶.

Die so beschriebene "Reservfunktion" des Parlaments ist zugleich die Grundlage für eine Deutung der beschriebenen Entwicklungen des *judicial review*: Die Gerichte haben das Recht des ersten Zugriffs bei der Rechtsschöpfung. Ihre Erkenntnisse unterliegen der nachträglichen – nach englischer Verfassungstradition nur punktuellen – Korrektur durch das Parlament. Der Gesetzgeber hat durch seine Zurückhaltung der beschriebenen Entwicklung Raum zur Entwicklung überlassen und damit zu verstehen gegeben, daß die zukünftige Entwicklung des *judicial review* in den Händen der Rechtsprechung liegen soll – vorbehaltlich der stets latent vorhandenen Möglichkeit korrigierender Eingriffe.

Der Gesetzgeber hatte sich bei der Entwicklung von "Standards der guten Verwaltung" zurückgehalten. Damit oblag den Gerichten die Aufgabe, anhand von Einzelfällen über die Zeit hinweg ein verfahrensrechtliches System individueller

⁴³ Craig (Anm. 41), 63 ff. (68 und *passim*).

⁴⁴ *Ibid.*, 63 ff. (69).

⁴⁵ G. Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 1956 (3. Aufl.), 27f.

⁴⁶ *Ibid.*, 28.



Rechtspositionen zu entwickeln, das sich heutzutage aus der Summe der Einzelfallentscheidungen zusammensetzt.

Der immer wieder argumentativ bemühte implizierte Wille des Parlaments ist nicht positiver Natur. Es ist daher außerhalb des klassischen Bereichs der *ultra vires*-Lehre (Überprüfung von Subsumption und Rechtsanwendung bei Entscheidungen auf parlamentsgesetzlicher Grundlage) nicht zu erforschen, was das Parlament intendiert haben könnte. Dieser Ansatz führt nur zu Argumentations- und Auslegungskunststücken, die sich nicht zu Unrecht den Vorwurf gefallen lassen müssen, sie seien blanke Fiktion. Der Wille des Parlaments ist vielmehr "akzessorisch": Das Parlament steht hinter dem, was die Richter für richtig halten, so lange das Parlament seinen entgegengesetzten Willen nicht artikuliert. Diese Deutung läßt das verfassungsrechtliche Datum der Parlamentssoveränität unberührt.

Soweit Rechtsakte von *non-statutory bodies* oder aufgrund von *common law powers* in Frage stehen, kommt ein Konflikt mit dem Grundsatz der parlamentarischen Souveränität nicht in Betracht: Diese Akteure leiten ihre Macht nicht unmittelbar aus einer parlamentarischen Ermächtigung für ihr Handeln ab. Sie unterliegen – wie gesehen – dem *judicial review* daher nur dann, wenn sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Dies wird nur angenommen, wenn die fragliche Rechtsperson einseitig, quasi-hoheitlich handelt und – existierte sie nicht schon – eigentlich staatlicherseits errichtet werden müßte (*public-function-test*; für das Panel on Take-overs and Mergers liegt hier die positive Antwort auf der Hand)⁴⁷. Der Staat überläßt in diesen Bereichen ein bestimmtes Handlungsfeld den Institutionen, die er nicht gegründet hat, eigentlich aber hätte gründen können (oder gar müssen). Gleichsam aufgrund eines alternativen Kausalverlaufs duldet das Parlament diesen institutionellen Wildwuchs nur dann und so weit, wie diese Institutionen auch den (Verfahrens-)Regeln unterworfen sind, denen sie nach einer staatlichen Errichtung unterworfen wären. Das Parlament könnte die nicht-staatliche Rechtsperson durch eine staatliche Gründung ersetzen und auf diese Weise den Rechtsschutz der durch die Handlungen Betroffenen verbessern. Die konkludente Duldung der Tätigkeit solcher Körperschaften bzw. der Nicht-Zugriff des Staates auf deren Tätigkeitsfelder ist somit durch deren Unterwerfung unter die Regeln und Verhaltensanforderungen staatlicher Verwaltung bedingt. Dies ist der Preis, den die Träger der *public function* dafür zu leisten haben, daß der Staat ihnen freie Hand auch dort läßt, wo sie Entscheidungsgewalt über Rechtssubjekte ausüben, die sich ihnen in keiner Weise vertraglich unterworfen haben.

Hier wird ersichtlich, daß Parlamentssoveränität, der Wille des Parlaments und die Weiterentwicklung des *judicial review* im Wege des Common Law nicht einander ausschließende Größen, sondern vielmehr ineinandergreifende Elemente einer vielschichtigen Rechtsentwicklung sind, die sich aus komplementären Quellen speist. Diese Deutung kann dazu führen, daß ein Urteil im Rahmen eines *judicial review* auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruht: Eine Verwaltungsentscheidung kann fehlerhaft sein, weil sie aufgrund falscher Subsumption gegen

⁴⁷ Siehe oben A. III. 2.

ihre Rechtsgrundlage verstößt; sie ist dann *ultra vires* und unterliegt der Aufhebung. Ihre Fehlerhaftigkeit kann aber auch auf dem Fehlen einer nach den Regeln der Natural Justice gebotenen Anhörung beruhen. Sie verstößt dann gegen Grundsätze des Common Law und ist deswegen aufzuheben. Daß ein und dieselbe Verwaltungsentscheidung zum einen nach den Grundsätzen der *ultra vires*-Lehre, zum anderen nach denen des Common Law zu beurteilen ist, vermag die Plausibilität einer solchen Lösung nicht zu erschüttern⁴⁸. Wie oben dargestellt, geht es hier nicht um die Vereinbarung zweier inkompatibler Begründungsansätze für die Rechtfertigung des *judicial review*, sondern um zwei komplementäre Rechtsquellen, aus denen die Maßstäbe für die Kontrolle von Entscheidungen im Rahmen dieses Verfahrens fließen. Daß ein Rechtsakt der Verwaltung an verschiedenen – u. U. auch in der Rechtsordnung mit unterschiedlichem Rang ausgestatteten – Maßstäben auszurichten ist, kann die Effizienz des Kontrollverfahrens nicht beeinträchtigen. Im übrigen bildet auch nur das oben dargelegte Nebeneinander der beiden Kontrollmaßstäbe das komplementäre Verhältnis von Statute- und Common Law ab.

C. *Schlußbemerkung*

Ungeachtet ihrer dogmatischen Probleme ist die oben nachgezeichnete Entwicklung ein starker Indikator dafür, daß das britische Verwaltungsrecht einen Perspektivenwechsel vollzogen hat: Zunächst wurde richterliche Kontrolle öffentlicher Gewalt allein mit dem Schutz des Parlamentswillens gerechtfertigt; sie diente damit weniger dem Individualrechtsschutz als der Sicherung der Funktionenteilung innerhalb der Staatsorganisation. Diese Individualrechtsschutzfunktion des *judicial review* wurde insbesondere in der bereits erwähnten *GCHQ*-Entscheidung⁴⁹ betont. Dort führte Lord Diplock aus, daß er keinen Grund für die Immunität welcher öffentlichen Gewalt auch immer gegenüber dem *judicial review* sehe, bloß weil diese Gewalt nicht durch Statute, sondern durch Common Law verliehen sei. In diesem Diktum wird der Perspektivwechsel deutlich. Nicht die Quelle der Macht, sondern die Rechtsbetroffenheit des Einzelnen wird zu dem entscheidenden Kriterium für die Gewährung von Rechtsschutz durch *judicial review*. Ein weiterer Schritt in diese Richtung bedeutet die Integration der Europäischen Menschenrechtskonvention in die englische Rechtsordnung⁵⁰.

Die richterrechtliche Entwicklung und immer subtilere Ausdifferenzierung der skizzierten Rechtsprinzipien und (in noch größerem Maße) die von der Existenz parlamentarischer Übertragungsakte unabhängige Kontrolle öffentlicher Macht

⁴⁸ Craig (Anm. 41), 63 ff. (77).

⁴⁹ Siehe oben Anm. 33.

⁵⁰ Die Einpassung dieses Vertragswerks in die englische Rechtsordnung bereitete und bereitet angesichts der Vorgabe der strengen Parlamentsouveränität indes einige Schwierigkeiten. Siehe dazu den Vortrag des Rt Hon Lord Bingham of Cornhill (Lord Chief Justice of England), *The British Legal System and the European Convention on Human Rights*, EU Working Paper Law No. 99/5 (abzurufen unter http://www.iue.it/PUB/law_fm.html; letzter Besuch am 4.9.2000).

fürten dazu, daß heute weniger der Schutz der gesetzlich geregelten Aufgaben- und Kompetenzverteilung als die Sicherung individueller Rechte vor mißbräuchlicher Ausübung öffentlicher Macht das Selbstverständnis der Gerichte bei der Ausübung des *judicial review* prägt. Zugleich verliert die *ultra vires*-Lehre ihre zentrale Bedeutung als Maßstab für die Kontrolle öffentlicher Macht. Ein solches Nebeneinander mehrerer Rechtsquellen würde in Rechtsordnungen, in denen das Gesetz einen zentralen Rang einnimmt, einen erheblichen Argwohn hervorrufen. Dort, wo hingegen die Rechtsprechung einen verfassungsrechtlichen Selbststand bei der Rechtsschöpfung beanspruchen kann, ist eine solche Entwicklung Ausdruck dynamischer Verwirklichung der Verfassung.

Summary⁵¹

The Importance of the *ultra-vires* Doctrine as the Basis of Judicial Review in England

For many decades the *ultra-vires* doctrine offered a solid theoretical foundation for judicial review in England. Its main advantage was that it retained the paramount importance of the principle of parliamentary sovereignty in the English constitutional framework. But certain developments have shed new light on the compatibility of the doctrine with the position of the Parliament.

While judges used to be quite reluctant to declare a decision void on the basis of the *ultra-vires* principle when statutes did not grant an appeal, matters have changed. Originally, the court simply had to accept that an administrative body had exceeded its jurisdiction. However, drawing a clear distinction between errors within a jurisdiction and those carrying a decision *ultra-vires* proved to be very difficult, if not even arbitrary. And the famous *Anisminic* decision finally blew this distinction away altogether. While that decision only extended the courts' ability to police the application of statutes by administrative bodies, other developments that weaken the position of the *ultra-vires* principle as a theoretical foundation for judicial review have to be taken into account, too. First, rules of "natural justice" have been developed by the courts. This body of law imposes certain formal duties – such as the reasonable exercise of discretion or *nemo iudex in sua causa* – upon any public authority making a decision. Even though not a single rule is laid down in a statutory provision under the heading of "natural justice", on the basis of their interpretation of the intention of Parliament, the courts decided that when statutory power is transferred to any authority, the legislator could not have intended that rules which everyone feels to be a part of basic justice are just left out of consideration. Obviously, however, the more elaborate the rules of "natural justice" became, the more the notion of "Parliament's intention" exposed the judges to the danger of overstretching the rules of interpretation.

⁵¹ Summary by the author.

A second development within the judicial review expanded its scope to include decisions of bodies fulfilling a public task, even when they are not founded by a statute. Bearing this in mind, it has become increasingly difficult for the courts to rely upon the Parliament's intention when quashing a decision of one of those non-statutory authorities.

The developments sketched out here provide strong supporting evidence for those scholars who argue that sticking to the *ultra-vires* principle as basis of judicial review is just a fig-leaf covering purely judicial rule-making.

This article presents the different viewpoints in the scholarly discussion; furthermore it argues that the English system of rule-making is characterised by a co-operative structure. While courts possess the authority to make legal rules through case-law, their findings are subject to subsequent alterations by a sovereign Parliament. Wherever Parliament has not yet acted, courts may intervene by establishing a certain body of law. Whenever Parliament intends to alter a rule previously upheld by the courts, it has to raise its voice clearly. As long as it refrains from intervening into the development of the law being carried forward by the courts' decisions, one can assume the Parliament's tacit consent.

From this point of view, a theoretical conflict between judicial rule-making and the sovereignty of Parliament can be avoided. With regard to decisions of non-statutory bodies, such a conflict cannot arise at all, as there is no parliamentary intention to be respected in the first place.

A broadened view that merely see the *ultra-vires* principle as one element in the process of judicial review, and not as its sole basis, can also take other concerns into account. Hence, for example, the co-operative structure as it is set out in this article can also be useful in explaining how judicial review has changed from a tool merely safeguarding Parliament's sovereignty to a procedural tool protecting individuals' rights.

