

Адміністративне ПРАВО і ПРОЦЕС

ISSN 2227-796X



НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ ЖУРНАЛ

№ 4 (27)/2019

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

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

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

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

**Журнал внесений
до Index Copernicus International**



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

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



Редакційна рада

**Мельник
Роман
Сергійович**

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

**Гревцова
Радміла
Юрївна**

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

**Кузнichenko
Сергій
Олександрович**

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

**Лукач
Ірина
Володимирівна**

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

**Посидинок
Валерія
Вікторівна**

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

**Доктор
Егле
Білевичюте**

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

**Доктор
Тома
Бірмонтіен**

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

**Наталія
Чабан**

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

**Лана
Офак**

доцент юридичного факультету Загребського університету (Хорватія);

**Костас
Параскева**

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

**Совгіра
Ольга
Володимирівна**

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

**Джанфранко
Тамбуреллі**

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

**Доктор
Агне
Тваронавічсін**

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

Administrative LAW and PROCESS



SCIENTIFIC AND PRACTICAL JOURNAL

№ 4 (27)/2019

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

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

Frequency: four times a year
Established in 2012

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

The journal is included in Index Copernicus International



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

Registered by the Ministry of Justice of Ukraine
Certificate of state registration
KB № 18863 – 7663 P
dated 28.04.12
Founder:
Taras Shevchenko National University of Kyiv.



Editorial Board

Melnik Roman Serhiiiovych

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

Hrevtsova Radmila Yuriiivna

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

Kuznichenko Serhii Oleksandrovych

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

Lukach Iryna Volodymyrivna

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

Poiedynok Valeriia Viktorivna

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

Prof. Dr. Eglė Bilevičiūtė

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

Dr. Toma Birmontien

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

Natalia Chaban

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

Lana Ofak

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

Costas Paraskeva

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

Olga V. Sovgyria

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

Gianfranco Tamburelli

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

Dr. Agnė Tvaronaviciene

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

ЗАГАЛЬНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Peter Chvosta

Auf der Suche nach dem Subjektiven öffentlichen Recht: zu den Voraussetzungen der Beteiligung am Verwaltungsverfahren5

Stephanos Emm. Kareklas

Sand im getriebe der Verwaltungsfunktion: der Fehlerhafte/Rechtswidrige Verwaltungsakt und dessen Kontrolle.....15

Leonid Khvan

Fictitious administrative acts:
prospects of regulation in the countries of Central Asia.....26

Janis Neimanis

Discretion of institutions.....41

ОСОБЛИВЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Sina Fontana

Migrationssteuerung im Rahmen des Familiennachzugs.....47

Tetiana Kolomoets

“Proportionality test” in the legal regulation of restriction after the termination of public service career: search for an optimal model65

Dmytro Pryputen, Denys Holoborodko

Reforming the national mechanism of administrative liability for illegal fuel trade.....77

Oleg Schirinsky

Die Ausübung der Religionsfreiheit in Deutschland und Belarus: eine Rechtsvergleichende Studie.....88

**АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС
(АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО)**

Anna Barikova

Legal fictions for administrative courts.....102

Eglė Bilevičiūtė, Vaidas Milius

Non-judicial mediation in the Lithuanian administrative process: current issues115

Azamat Egamberdiev

Einige Probleme der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Republik Usbekistan.....135

CONTENTS

GENERAL ADMINISTRATIVE LAW

Peter Chvosta

In search of the subjective public law:
conditions for participation in the administrative procedure5

Stephanos Emm. Kareklas

Sand in the gearbox of the functioning
of public administration: defective/illegal administrative act and its control..... 15

Leonid Khvan

Fictitious administrative acts:
prospects of regulation in the countries of Central Asia26

Janis Neimanis

Discretion of institutions.....41

SPECIAL ADMINISTRATIVE LAW

Sina Fontana

Migration management
within family reunification.....47

Tetiana Kolomoets

“Proportionality test” in the legal regulation of restriction after the termination
of public service career: search for an optimal model65

Dmytro Pryputen, Denys Holoborodko

Reforming the national mechanism of administrative liability for illegal fuel trade.....77

Oleg Schirinsky

The exercise of religious freedom in Germany and Belarus: a comparative study88

ADMINISTRATIVE PROCESS (ADMINISTRATIVE LEGAL PROCEEDINGS)

Anna Barikova

Legal fictions for administrative courts102

Eglė Bilevičiūtė, Vaidas Milius

Non-judicial mediation in the Lithuanian administrative process: current issues115

Azamat Egamberdiev

Some problems in developing administrative jurisdiction
in the Republic of Uzbekistan.....135

AUF DER SUCHE NACH DEM SUBJEKTIVEN ÖFFENTLICHEN RECHT: ZU DEN VORAUSSETZUNGEN DER BETEILIGUNG AM VERWALTUNGSVERFAHREN

Zweck. Der Aufsatz widmet sich der Rechtsfigur des subjektiven öffentlichen Rechts im Kontext des Rechtsschutzes in Verwaltungsangelegenheiten.

Methoden. Ausgehend von der historischen Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich und Deutschland im 19. Jahrhundert wird die Funktion des subjektiven öffentlichen Rechts näher erörtert: Gewährt der Gesetzgeber den Bürgern subjektive öffentliche Rechte (und damit klagbare Ansprüche gegenüber der Verwaltung), kann der einzelne Bürger seine individuellen Interessen mithilfe eines Abwehrrechts gegen den Staat vor Gerichten geltend machen kann. Dies bewirkt gleichzeitig eine externe Rechtskontrolle der Verwaltung (im Vergleich zu einer bloß verwaltungsinternen Kontrolle im Wege des Dienst- und Disziplinarrechts) und fördert damit die Rechtsstaatlichkeit des Verwaltungshandelns, die im öffentlichen Interesse steht.

Ergebnisse. Durch die Verfolgung seines subjektiven öffentlichen Rechts trägt der im Eigeninteresse handelnde Bürger indirekt dazu bei, dass die Gesetze korrekt vollzogen werden. Er handelt gewissermaßen als Gehilfe des öffentlichen Interesses. Die Einräumung eines subjektiven öffentlichen Rechts beschränkt auch den Personenkreis, der gegen einen Verwaltungsakt vorgehen kann, da ansonsten jedermann einen Verwaltungsakt anfechten könnte. Hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich im Gesetz festgelegt, welchen Personen in welcher Hinsicht ein subjektives öffentliches Recht zukommt, kann die Ermittlung subjektiver öffentlicher Rechte im Einzelfall schwierig sein: Knüpft das Gesetz eine Bewilligung an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, hat der Adressat eines Verwaltungsaktes zwangsläufig das Recht, eine Bewilligung zu erlangen, wenn die gesetzlich geforderten Voraussetzungen erfüllt sind. Komplexer gestaltet sich die Frage bei Personen, die nicht Adressat eines Verwaltungsaktes, aber von dessen Auswirkungen betroffen sind. Hier ist im Wege der Interpretation zu ermitteln, ob die Gesetzesvorschriften, deren Verletzung der Bürger geltend macht, nicht nur zur Wahrung öffentlicher Interessen sondern zumindest auch im Interesse einzelner Personen erlassen wurden. Nur dann besteht auch ein subjektives öffentliches Recht des einzelnen auf Einhaltung dieser Vorschrift.

Schlussfolgerungen. Auslegungsschwierigkeiten kann der Gesetzgeber durch klare Regelungen über die Gewährung subjektiver öffentlicher Rechte vermeiden. In besonders wichtigen Verwaltungsmaterien (beispielsweise Genehmigung von Infrastrukturprojekten), in denen die Einräumung subjektiver öffentlicher Rechte nicht ausreicht, um eine gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsakte sicherzustellen, kann einem größeren Personenkreis Parteistellung gewährt werden.

Schlüsselwörter: Subjektives öffentliches Recht, öffentliches Interesse, individuelles Interesse, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Rechtsschutz, Parteistellung, rechtliches Interesse, Legalitätsprinzip, Verwaltungsakt, Schutznormtheorie.

Dr. Peter Chvosta,
Richter des
österreichischen
Bundesverwaltungsgerichts
peter.chvosta@bvw.gv.at

1. Einleitung

Das subjektive öffentliche Recht: Es ist rätselhaft, wie eine Sphinx – es erscheint völlig unerwartet und ist dann wieder Ziel einer erfolglosen Suche. Es ist schwer zu fassen und steht nicht immer von vornherein fest, ist ambivalent und keine konstante Größe. Dennoch ist das subjektive Recht von herausragender Bedeutung für das öffentliche Recht¹. Wie auch der Verwaltungsakt (als Form einer Entscheidung der Verwaltung) ist das subjektive öffentliche Recht ein *Zweckkonstrukt mit strategischer Funktion*². Ohne das subjektive Recht wäre ein Rechtsschutz im öffentlichen Recht schon vom Ansatz her nicht in jener Form möglich, in der er sich beispielsweise in Deutschland und in Österreich entwickelt hat. Das subjektive öffentliche Recht des Einzelnen ist unerlässlich, wenn es um die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsakten geht.

2. Historische Entwicklung

Dabei ist das subjektive öffentliche Recht eine relativ junge „Schöpfung“ der Rechtswissenschaft. Im Europa des frühen 19. Jahrhunderts war der Begriff des „subjektiven Rechts“ dem öffentlichen Recht gänzlich fremd. Derartiges gab es zwar im Zivilrecht, wo der Einzelne seine eigenen Interessen im Wege eines rechtlichen Anspruches gegenüber einem konkreten Gegner, nämlich einem anderen Privaten, seit jeher klagsweise geltend machen konnte³. Im öffentlichen Recht, in dem sich der Staat seine Ordnung gibt⁴, existierte ein solcher gleichrangiger Gegner des Einzelnen nicht: Der einzelne Mensch ist im Europa des 19. Jahrhunderts staatsrechtlich nicht

¹ Olechowski, T. (1999). The introduction of administrative jurisdiction in Austria. Wien: Manz, 1999, pp. 143 [Olechowski T. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich. Wien : Manz, 1999. 274 S.].

² Adamovich, L., Funk, B.-C., Holzinger, G., Frank, S.L. (2009). Austrian constitutional law IV. Wien: Verlag Österreich, pp. 133 [Adamovich L., Funk B.-C., Holzinger G., Frank S.L. Österreichisches Staatsrecht IV. Wien : Verlag Österreich, 2009. 514 S.].

³ Pöschl, M. (2006). Subjective rights and administrative law. *16th Austrian Lawyers' Day I/2 – Public Law*. Wien: Manz, pp. 6 [Pöschl M. Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht. *16. Österreichischer Juristentag I/2 – Öffentliches Recht*. Wien : Manz, 2006. S. 6–43].

⁴ Jellinek, G. (1905). Subjective rights system. 2nd ed. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 9 [Jellinek G. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Auflage. Tübingen : Mohr Siebeck, 1905. 366 S.].

als Individuum, sondern als Teil des Kollektivs, als Teil des Staates aufgefasst worden, in dem er lebte⁵. Dass der Einzelne einen rechtlichen Anspruch gegenüber dem Staat als Gegner einklagen könnte, war undenkbar⁶. Das öffentliche Interesse, das der Gegenstand des Verwaltungsrechts ist, war eine Angelegenheit des Staates, des Monarchen und seiner Verwaltung, nicht aber des Einzelnen⁷.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzte sich die Einsicht durch, dass sich im öffentlichen Recht der Staat – ebenso wie der Bürger – an die Gesetze halten müsse: Niemand steht über dem Gesetz, d.h. dass auch die Verwaltung an jene Gesetze, die sie vollzieht, gebunden ist. Ansonsten wäre das Gesetz jenes Papier nicht wert, auf dem es geschrieben steht. Wie konnte aber die Einhaltung der Gesetze durch die Verwaltung gewährleistet werden? In diesem Zusammenhang leistete schon seinerzeit die Dienstaufsicht innerhalb der Verwaltung samt disziplinarrechtlichem Instrumentarium einen gewissen Beitrag. Hinzu kam die Strafrechtspflege, da der Staatsanwalt ein Verwaltungsorgan unter bestimmten Umständen wegen Amtsmissbrauchs oder der Erfüllung anderer Strafdelikte anklagen konnte, die durch ein rechtswidriges Handeln erfüllt sind. Diese Form der „internen Kontrolle“ des Gesetzesvollzugs wurde schon im 19. Jahrhundert als nicht ausreichend erachtet, weil natürlich nicht jede rechtswidrige Vorgangsweise bereits einen Straftatbestand erfüllt und auch nicht jede Handlung eines Verwaltungsorgans von seiner Dienstbehörde überwacht werden kann. Somit war es rechtsdogmatisch nur ein kleiner Schritt, neben dem *öffentlichen* Interesse auf Einhaltung der Gesetze auch ein *individuelles* Interesse des Einzelnen darauf, dass die Verwaltung gesetzmäßig handelt, anzunehmen (geradezu epochal für die rechtswissenschaftliche Entwicklung waren in diesem Zusammenhang Überlegungen C.F. Gerbers, der den Staat als Organismus betrachtete, dessen Funktionen durch „Glieder des Staates“ mit der entsprechenden Kompetenz ausgeübt werden, woraus die „Rechte des Monarchen“, „die Rechte der Beamten“ – und „die Rechte der Untertanen“ resultieren, wobei diese Rechte aus der staatsrechtlichen Stellung abgeleitet werden und deshalb „öffentliche Rechte“ seien)⁸. Dies setzte jedoch voraus, dass der Staat im Bereich des öffentlichen Rechts auch dem Bürger einzelne Rechte einräumt.

3. Funktion des subjektiven öffentlichen Rechts

Als die – unbestrittenermaßen – historisch ersten subjektive öffentliche Rechte galten die Menschenrechte, wie sie im Gefolge der Französischen Revolution entstanden sind⁹.

⁵ Pöschl, M. (2006). Subjective rights and administrative law. *16th Austrian Lawyers' Day I/2 – Public Law*. Wien: Manz, pp. 7 [Pöschl M. Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht. 16. Österreichischer Juristentag I/2 – Öffentliches Recht. Wien : Manz, 2006. S. 6–43].

⁶ Grabenwarter, C. (2006). Subjective rights and administrative law. *16th Austrian Lawyers' Day I/1 – Public Law*. Wien: Manz, pp. 7 [Grabenwarter C. Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht. 16. Österreichischer Juristentag I/1 – Öffentliches Recht. Wien : Manz, 2006. S. 3–167].

⁷ Masing, J. (1997). Mobilizing citizens for law enforcement. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, pp. 65 f [Masing J. Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Berlin : Duncker & Humblot, 1997. 288 S.].

⁸ Gerber, C.F. (1852). About public rights. Tübingen: Laupp, pp. 22 ff, 48 [Gerber C.F. Über öffentliche Rechte. Tübingen : Laupp, 1852. 107 S.].

⁹ Jellinek, G. (1905). Subjective rights system. 2nd ed. Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 2 f [Jellinek G. System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Auflage. Tübingen : Mohr Siebeck, 1905. 366 S.].

Damit garantierte der Staat dem Einzelnen sogenannte „Abwehrrechte gegen den Staat“, wodurch der Bürger – wie im Zivilrecht – einen konkreten Gegner hatte, an den er seine Forderungen richten konnte¹⁰.

Mit der Bindung der Verwaltung an die Gesetze (Legalitätsprinzip) räumte der Staat dem Einzelnen gegenüber beispielsweise ein, dass er – sofern er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt – zum Bau des Hauses berechtigt ist. Gibt der Staat dem Einzelnen auch die Möglichkeit, dieses Recht auf Baubewilligung geltend zu machen und sich gegen eine gesetzwidrige Verweigerung durch die Verwaltung mit einem Rechtsmittel zur Wehr zu setzen, gesteht er dem Bürger ein subjektives öffentliches Recht zu.

Das subjektive öffentliche Recht ist somit – wie zu Beginn bereits angedeutet – eine Konstruktion mit strategischer Bedeutung: Der Einzelne, der von einer rechtswidrigen Handlung eines Verwaltungsorgans betroffen ist und dagegen seine eigenen individuellen Interessen durch die Geltendmachung seines subjektiven öffentlichen Rechts verfolgt, trägt dazu bei, dass die Verwaltung die Gesetze korrekt vollzieht. Mit der Gewährung subjektiver öffentlicher Rechte an einzelne Bürger wird das Instrumentarium an Einrichtungen, die eine gesetzmäßige Verwaltung sicherstellen sollen, maßgeblich erweitert. Im weitesten Sinne stellt es gewissermaßen eine partielle Privatisierung staatsinterner Kontrollmechanismen dar.

Der Einzelne wird somit als „Gehilfe“ oder „Helfer“ des öffentlichen Interesses tätig: Wenn sich ein Nachbar im Verwaltungsverfahren gegen die Bewilligung einer Fabrik mit dem Hinweis wendet, dass die Fabrik durch giftige Schadstoffemissionen seine Gesundheit beeinträchtigt und sein Grundstück verschmutzt, dann hat der Nachbar im Falle des Erfolgs seiner Einwendung (etwa durch Vorschreibung einer Auflage des Einbaus einer Filteranlage durch die Verwaltungsbehörde) nicht nur als Bürger eine korrekte Vollziehung der Gesetze gefördert, sondern auch einen Beitrag zum Umweltschutz geleistet¹¹.

4. Träger des subjektiven öffentlichen Rechts

Mit dem subjektiven öffentlichen Recht kann allerdings immer nur ein bestimmter Kreis an Personen ausgestattet sein, der mehr oder weniger direkt von einer Verwaltungshandlung *betroffen* ist (d.h. in einem Naheverhältnis zur Verwaltungssache steht)¹². Den Grad dieser Betroffenheit, der erfüllt sein muss, damit ein subjektives öffentliches Recht vorliegt, bestimmt der Gesetzgeber.

¹⁰ Pöschl, M. (2006). Subjective rights and administrative law. *16th Austrian Lawyers' Day I/2 – Public Law*. Wien: Manz, pp. 6 [Pöschl M. Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht. 16. Österreichischer Juristentag I/2 – Öffentliches Recht. Wien: Manz, 2006. S. 6–43].

¹¹ Pöschl, M. (2006). Subjective rights and administrative law. *16th Austrian Lawyers' Day I/2 – Public Law*. Wien: Manz, pp. 27 [Pöschl M. Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht. 16. Österreichischer Juristentag I/2 – Öffentliches Recht. Wien: Manz, 2006. S. 6–43].

¹² Würde das Gesetz die subjektiven öffentlichen Rechte nicht auf bestimmte Personen mit einer individuellen Betroffenheit gegenüber der Verwaltungssache beschränken, wäre es jedermann erlaubt, ein Rechtsmittel gegen jedwede Verwaltungshandlung zu erheben (zur sogenannten *Popularbeschwerde* oder *Popularklage* siehe unten unter F.).

Ein subjektives öffentliches Recht ist die dem Einzelnen verliehene Rechtsmacht, vom Staat zur Verfolgung seiner Interessen ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können¹³. Wesentlich ist dabei der Umstand, dass ein Recht auch bei einer Rechtsschutzinstanz bzw. einem Gericht geltend gemacht werden kann. Ein subjektives öffentliches Recht existiert nur dann, wenn das Gesetz einen Anspruch einräumt und dem Berechtigten auch „verfahrensrechtliche Mittel an die Hand“ gibt, diesen Anspruch zu verfolgen¹⁴. Dies setzt im Allgemeinen die Parteistellung im Verwaltungsverfahren voraus. Das subjektive öffentliche Recht ist somit der notwendige „Schlüssel“, der den Weg zur (verwaltungs-)gerichtlichen Kontrolle von Akten der Verwaltung durch den Bürger eröffnet¹⁵.

4.1. Adressat eines Verwaltungsaktes

Wenn es (Verwaltungs-)Gerichte gibt, die für Rechtsmittel von Bürgern gegen Verwaltungsakte zuständig sind, stellt sich nur noch die Frage, ob im Gesetz ein subjektives öffentliches Recht eingeräumt wurde. Diese Frage ist dann relativ einfach zu beantworten, wenn – wie im Beispiel der Baubewilligung – jemand einen *Antrag* auf Erteilung einer Bewilligung, die an gesetzliche Voraussetzungen geknüpft ist, stellen kann: Beschränkt der Staat die Freiheit des Einzelnen, indem er den Bau eines Hauses von einer Bewilligung abhängig macht, wird der Einzelne auch ein Recht auf Erteilung dieser Bewilligung haben, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung der Bewilligung erfüllt sind – und er muss auch in der Lage sein, diesen materiell-rechtlichen Anspruch rechtlich durchzusetzen¹⁶.

Entzieht wiederum die Verwaltungsbehörde dem Einzelnen z.B. eine Gastgewerbekonzession, die ihm zuvor verliehen worden war, hat der Betroffene zwangsläufig das Recht, dass ihm nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Konzession entzogen wird. In einem solchen Fall kann der Betroffene gegen einen Verwaltungsakt, mit dem ihm seine Gastgewerbekonzession entzogen wird, ein Rechtsmittel ergreifen und die Verletzung seines subjektiven öffentlichen Rechts, dass ihm die Konzession nicht gesetzwidriger Weise entzogen wird, geltend machen. Ähnliches gilt, wenn einer Person durch einen Verwaltungsakt eine Verpflichtung auferlegt wird, wie z.B. eine Abgabenleistung oder das Dulden eines Eingriffs in seine Rechte (z.B. kann der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet werden, die Benützung seines Grundstücks zur Durchführung der Gewässeraufsicht oder zur Vermeidung einer Gefährdung des Gewässers zu gestatten¹⁷). In allen diesen Fällen hat der Einzelne das subjektive öffentliche Recht, dass ihm die Verpflichtung nur in gesetzmäßiger Weise auferlegt wird.

¹³ Antonioli, W., Kojas, F. (1986). General administrative law. Wien: Manz, pp. 266 [Antonioli W., Kojas F. Allgemeines Verwaltungsrecht. Wien : Manz, 1986. 874 S.].

¹⁴ Siehe Verwaltungsgerichtshof vom 18.10.1994 № 94/04/0016.

¹⁵ Grabenwarter, C. (2006). Subjective rights and administrative law. *16th Austrian Lawyers' Day I/1 – Public Law*. Wien: Manz, pp. 17 [Grabenwarter C. Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht. 16. Österreichischer Juristentag I/1 – Öffentliches Recht. Wien : Manz, 2006. S. 3–167].

¹⁶ Verwaltungsgerichtshof vom 30.08.1994 № 90/10/0129.

Hengstschläger, J., Leeb, L. (2014). General Administrative Procedure Act. Wien: Manz, § 8 [Hengstschläger J., Leeb L. Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz. Wien : Manz, 2014. 1134 S.].

¹⁷ Siehe § 72 Wasserrechtsgesetz.

4.2. Mehrparteienverfahren

Schwierig gestaltet sich die Suche nach dem subjektiven öffentlichen Recht dann, wenn es nicht um den Adressaten des Verwaltungsaktes geht, sondern um jemand anderen, der durch die Erlassung des Verwaltungsaktes in seiner Sphäre betroffen sein kann: Z.B. ist nicht nur derjenige, der eine Baubewilligung beantragt, von einem Verwaltungsakt, der die Erteilung der Baubewilligung enthält, betroffen, sondern auch der Nachbar, dessen Grundstück an jenes grenzt, auf dem in der Folge das Haus gebaut wird.

In zahlreichen österreichischen Gesetzen finden sich mittlerweile klare Regelungen, in denen ausdrücklich festgehalten wird, wer Partei des Verfahrens ist. Beispielsweise erhält nach den baugesetzlichen Vorschriften in Österreich nicht nur derjenige Parteistellung, der eine Baubewilligung beantragt, sondern auch alle Eigentümer der Grundstücke, die unmittelbar an den Bauplatz angrenzen oder die „von den Fronten des Baues weniger als 15 Meter entfernt sind“¹⁸. In manchen gesetzlichen Vorschriften wird explizit dargelegt, dass bestimmten Personen keine Parteistellung bzw. kein subjektives öffentliches Recht zukommt¹⁹.

Komplizierter wird die Suche nach dem subjektiven öffentlichen Recht, wenn der Gesetzgeber sich zu dieser Frage nicht ausdrücklich bzw. nicht klar geäußert hat: Werden subjektive öffentliche Rechte gesetzlich weder ausdrücklich eingeräumt, noch ausgeschlossen, müssen die Verwaltungsbehörden und (Verwaltungs-)Gerichte über diese Frage mithilfe der juristischen Interpretationsmethoden entscheiden: Im Laufe der Jahre und Jahrzehnte wurde von den Gerichten und der Wissenschaft in Österreich und Deutschland die sogenannte *Schutznormtheorie* entwickelt: Demnach besteht ein subjektives öffentliches Recht dann, wenn eine Gesetzesvorschrift, die eine Rechtspflicht der Verwaltung enthält, *nicht allein zur Wahrung öffentlicher Interessen*, sondern *zumindest auch im Interesse bestimmter (einzelner) Personen* erlassen wurde²⁰.

Wie schwierig sich die Abgrenzung zwischen einer bloßen Rechtspflicht der Behörde und der Einräumung eines subjektiven Rechts gestaltet, zeigt das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 14.10.1976, in dem es um die Erteilung einer behördlichen Auskunft ging²¹: Obwohl das Bundesministeriengesetz lediglich der organisatorischen Aufteilung der ministeriellen Aufgaben zwischen den verschiedenen Ministerien diente und sich die konkrete Regelung im vorliegenden Fall auf den Hinweis beschränkte, dass die Bundesministerien „im Rahmen ihres Wirkungsbereiches“ Auskünfte zu

¹⁸ Z.B. § 26 Abs. 2 des Tiroler Baugesetzes, § 23 Abs. 2 des Kärntner Baugesetzes oder § 21 Abs. 1 des Burgenländischen Baugesetzes.

¹⁹ Zum Beispiel wird Bewerbern für Arbeitsplätze oder Funktionen im öffentlichen Dienst ausdrücklich keine Parteistellung und kein Rechtsanspruch zugestanden (vgl. § 15 Ausschreibungsgesetz).

²⁰ Siehe Verwaltungsgerichtshof vom 26.02.2003 № 2000/03/0328.

Raschauer, B. (2013). General administrative law. 4th ed. Wien: Verlag Österreich, pp. 409 [Raschauer B. Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. Auflage. Wien : Verlag Österreich, 2013. 533 S.].

Kahl, A., Weber, K. (2013). General administrative law. 4th ed. Wien: Facultas [Kahl A., Weber K. Allgemeines Verwaltungsrecht. 4. Auflage. Wien : Facultas, 2013. 351 S.].

²¹ Siehe Sammlung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen № 9151 A/1976.

erteilen haben²², ging der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass hier ein Anspruch auf Erfüllung dieser Verpflichtung eingeräumt wurde: Es sei erkennbar, dass „die Pflicht zur Auskunfterteilung auch und gerade im Interesse derjenigen festgelegt wurde, die die Auskünfte begehren. Hat eine Person ein Interesse an der Erfüllung einer Pflicht, ein Interesse, das für die gesetzliche Festlegung der verpflichtenden Norm maßgebend war“, so bestehe in einem Rechtsstaat eine Vermutung für die Befugnis zur Rechtsverfolgung. Demnach sei über den Anspruch auf Auskunft mittels Verwaltungsaktes abzusprechen, wenn die Auskunft nicht gewährt wird.

In einer anderen Entscheidung²³ ging es um die Bewilligung der Errichtung eines Güterweges²⁴ zugunsten eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs nach dem Güterwegegesetz: Ein Nachbar, dessen Grundstück an jenes grenzte, auf dem der Güterweg errichtet werden sollte, hatte Bedenken vorgebracht, weil der Güterweg auf einem steilen Rutschhang errichtet werden sollte und eine Nachrutschung zu befürchten wäre, die eine konkrete und schwer wiegende Gefährdung für das Haus des Nachbarn bewirken würde. Dessen ungeachtet bewilligte die Behörde die Errichtung des Güterwegs und vertrat die Ansicht, dass das Gesetz dem Nachbar kein subjektives öffentliches Recht einräume und ihm daher keine Parteistellung im Verwaltungsverfahren zukomme. Der Verwaltungsgerichtshof verwies darauf, dass die Verwaltungsbehörde nach dem Güterwegegesetz die Errichtung von Güterwegen nur dann bewilligen dürfe, wenn (neben anderen Voraussetzungen) „weder Menschen noch Sachen gefährdet werden“ und die „Rechte fremder Personen nicht verletzt werden“²⁵. Diesen „fremden Personen“ erwachse daher aus dieser Vorschrift das Recht, dass bei Verletzung ihrer Rechte keine Bewilligung für die Errichtung eines Güterweges erteilt werden darf; dieses Recht vermittele ihnen Parteistellung im Verfahren zur Bewilligung eines Güterwegs. Im Allgemeinen geht der Verwaltungsgerichtshof im Zweifel davon aus, dass bei Vorliegen einer objektiven Rechtswidrigkeit auch ein Eingriff in subjektive Rechte des Betroffenen gegeben ist²⁶.

Zieht man das Baurecht als Beispiel heran, zeigt sich, dass die Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung einer Baubewilligung nicht nur zur Wahrung öffentlicher Interessen sondern auch im Interesse einzelner Personen erlassen wurde, ein sehr differenziertes Bild ergeben: So ist etwa die Voraussetzung, dass das Landschaftsbild oder die Einhaltung der Flächenwidmung zu berücksichtigen ist, erkennbar im öffentlichen Interesse gelegen, wogegen die Vorschriften über den Mindestabstand des Hauses zum Nachbargebäude oder die maximale Höhe des Hauses durchaus im Interesse des Nachbarn liegen. Demnach hat der Nachbar ein subjektives

²² Der Wortlaut des § 3 Z 5 des Bundesministeriengesetzes 1973, BGBl. № 389, lautete: „Die Bundesministerien haben im Rahmen ihres Wirkungsbereiches <...> Auskünfte zu erteilen, soweit eine Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit dem nicht entgegensteht“.

²³ Sammlung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen № 16759 A/2005.

²⁴ Güterwege dienen der Bewirtschaftung land- oder forstwirtschaftlicher Grundstücke und sind keine öffentlichen Straßen. Sie sind meist nicht breiter als 3 Meter.

²⁵ Siehe § 3 Absatz 1 Ziffer 2 und § 5 Absatz 2 des niederösterreichischen Güter- und Seilwegelandesgesetzes.

²⁶ Sammlung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen № 13985 A/1994.

öffentliches Recht darauf, dass der gesetzliche Mindestabstand des Hauses von zumindest zwei Metern eingehalten wird oder dass das Haus die gesetzlich festgelegte Maximalhöhe nicht übersteigt, er kann jedoch nicht geltend machen, dass das geplante Haus dem Landschaftsbild widerspricht. Mittlerweile sind die Bürger auch nicht mehr auf die (schwerlich vorhersehbaren) Auslegungsergebnisse der Verwaltungsgerichte angewiesen, sondern hat der Gesetzgeber ausdrücklich im Gesetz vorgesehen, welche subjektiven öffentlichen Rechte dem Nachbarn zukommen²⁷.

Ähnliches gilt etwa bei der Bewilligung einer Fabrik, wo der Nachbar ausschließlich geltend machen darf, durch allfällige Geruchs- oder sonstige Emissionen in seiner Gesundheit gefährdet oder zumindest belästigt zu sein; er hat jedoch kein subjektives öffentliches Recht darauf, dass die Fabrik dem aktuellen Stand der Technik entspricht oder der Wert seines eigenen Grundstücks durch den Bau der Fabrik nicht gemindert wird. Wird etwa die Genehmigung eines Bergwerks beantragt, kann der Nachbar als subjektives öffentliches Recht geltend machen, dass das geplante Bergwerk nicht bewilligt wird, wenn eine Gefährdung seines Lebens oder seiner Gesundheit zu erwarten ist. Hingegen hat er kein subjektives öffentliches Recht, darauf, dass der in der Nähe des Bergwerks gelegene See nicht verschmutzt wird, wenn sich der See nicht auf seinem Grundstück, sondern im Eigentum der Gemeinde befindet.

5. Pflicht des Gesetzgebers zur Einräumung subjektiver öffentlicher Rechte?

Wie sich gezeigt hat, liegt es in der Hand des Gesetzgebers, subjektive öffentliche Rechte und (damit verbunden) die Parteistellung des Einzelnen einzuräumen (oder dies nicht zu tun). Der Gesetzgeber ist dabei aber auch nicht völlig frei: Die österreichische Verfassung (bzw. das im Gleichheitsgrundsatz enthaltene Sachlichkeitsgebot) setzt dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gewisse Grenzen. Nach Ansicht des österreichischen Verfassungsgerichtshofes ergibt sich aus dem Sachlichkeitsgebot, dass der Gesetzgeber überall dort Parteistellung einzuräumen hat, wo individuelle Rechtspositionen gravierend berührt werden²⁸. Unterlässt der Gesetzgeber dies, ist die Regelung unsachlich und verfassungswidrig.

6. Ausblick

So schwierig im Einzelfall die Beurteilung ist, ob mit der gesetzlichen Verpflichtung zu einem behördlichen Handeln auch dem einzelnen Bürger ein subjektives öffentliches Recht auf die Einhaltung dieser Verpflichtung eingeräumt wurde, so wichtig ist das subjektive öffentliche Recht für die Existenz einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Es ist aber nicht nur der *Schlüssel* zum Rechtsschutzsystem in Verwaltungssachen, es trägt durch diese Form der „externen“ Kontrolle auch zur korrekten Vollziehung der Gesetze bei.

In den letzten Jahrzehnten ist der österreichische Gesetzgeber noch einen Schritt weiter gegangen, indem er in verschiedenen Gesetzen – neben den einzelnen betroffenen Bürgern – in einer Verwaltungssache noch zusätzlich Institutionen oder Personengruppen, die an sich keine Träger subjektiver öffentlicher Rechte sind,

²⁷ Beispielsweise darf der Nachbar gemäß § 134a Wiener Baugesetz lediglich die Verletzung von Rechtsvorschriften geltend machen, soweit sie die Gebäudehöhe oder den Schutz vor Immissionen betreffen.

²⁸ Verfassungsgerichtshof vom 01.03.2019 № G 380/2018.

die Parteistellung zuerkannt hat: So verfügt beispielsweise die Kontrollbehörde zur Überwachung der Einhaltung von Arbeitnehmerschutzvorschriften über die Parteistellung in allen Verwaltungsverfahren, die den Arbeitnehmerschutz berühren; und sie kann gegen allfällige Verwaltungsakte einer (anderen) Verwaltungsbehörde bei Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften Beschwerde an ein Verwaltungsgericht erheben²⁹. Auch Umweltorganisationen mit zumindest 100 Mitgliedern sind berechtigt, an einem Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren als Legalpartei teilzunehmen, wenn es um die Genehmigung größerer Bauprojekte geht, wie etwa eine Autobahn oder ein Wasserkraftwerk.

Diese gesetzlichen Konstruktionen sind vor dem Hintergrund zu sehen, dass in manchen Bereichen selbst das Bestehen subjektiver öffentlicher Rechte nicht ausreicht, um eine Kontrolle der Vollziehung zu erreichen, gleichzeitig aber in diesen Bereichen eine Kontrolle besonders wünschenswert ist, wie bei der Umsetzung großer Infrastrukturprojekte mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt und die Bevölkerung.

Ziel ist in allen diesen Fällen stets das Gleiche, nämlich dass der Weg zum Gericht zwecks Kontrolle der Gesetzesvollziehung in Verwaltungssachen nicht eingeschränkt sondern vielmehr begünstigt werden soll. Nur die Kontrolle garantiert eine möglichst hohe Qualität des Gesetzesvollzugs, d.h. eine möglichst korrekte und einheitliche Anwendung der Gesetze. Die damit verbundene Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns schafft ein günstiges Investitionsklima, eine wichtige Voraussetzung für das Wirtschaftswachstum und einen elementaren Beitrag für die Zufriedenheit der Bürger des Staates.

IN SEARCH OF THE SUBJECTIVE PUBLIC LAW: CONDITIONS FOR PARTICIPATION IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Dr. **Peter Chvosta**,

Judge of the Federal Administrative Court, Austria

peter.chvosta@bww.gv.at

Purpose. The article is devoted to the legal figure of subjective public right in the context of legal protection in administrative matters.

Methods. Based on the historical development of administrative jurisdiction in Austria and Germany in the 19th century, the function of the subjective public right is discussed in more detail: When the legislator grants citizens subjective public rights (and thus enforceable claims against the administration), the citizen can assert his or her individual interests before the courts by means of a right of defence against the state. At the same time, this results in an external legal control of the administration (compared to a mere internal administrative control by way of

²⁹ Gerichtlicher Überprüfungsgegenstand ist in diesem Fall ausschließlich die Frage, ob der Bescheid den Arbeitnehmerschutzbestimmungen widerspricht. Zur Geltendmachung anderer rechtlicher Fehler ist diese Kontrollbehörde nicht berechtigt.

disciplinary measures) and thus promotes the rule of law of administrative action, which is in the public interest.

Results. *By pursuing his subjective public right, the citizen acting in his own interest indirectly contributes to the correct enforcement of the law. In a sense, he acts as an assistant to the public interest. The granting of a subjective public right also limits the group of persons who can take action against an administrative act, since otherwise anyone could challenge an administrative act. If the legislator has not expressly stipulated in the law which persons are entitled to a subjective public right in which respect, the determination of subjective public rights can be difficult in individual cases: When the law provides for a permit subject to certain conditions, the addressee of an administrative act is necessarily entitled to obtain a permit if the conditions required by law are met. The question is more complex in the case of persons who are not the addressee of an administrative act but who are affected by its effects. In this case, it must be determined by way of interpretation whether the legal provisions whose violation the citizen claims to have violated were passed not only to protect public interests but also, at least, in the interests of individual persons. Only then is there also a subjective public right of the individual to compliance with this provision.*

Conclusions. *The legislator can avoid difficulties of interpretation by means of clear rules on the granting of subjective public rights. In particularly important administrative matters (e.g. approval of infrastructure projects), where the granting of subjective public rights is not sufficient to ensure judicial control of administrative acts, a larger group of persons can be granted party status.*

Key words: subjective public law, public interest, individual interest, administrative jurisdiction, legal protection, party status, legal interest, rule of law, administrative act, protection norm theory.

SAND IM GETRIEBE DER VERWALTUNGSFUNKTION: DER FEHLERHAFT/RECHTSWIDRIGE VERWALTUNGSAKT UND DESSEN KONTROLLE

Der Artikel befasst sich mit der Existenz und den rechtlichen Auswirkungen rechtswidriger Verwaltungsakte nach griechischem Verwaltungsrecht. Nach dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit sollten die Funktionsweise der öffentlichen Verwaltung und insbesondere das Treffen von Verwaltungsentscheidungen vollständig durch Gesetz geregelt werden. Dennoch kommt es häufig vor, dass Entscheidungen getroffen werden, die teilweise oder vollständig gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Trotz dieser Tatsache und aufgrund des bestehenden Grundsatzes der Vollziehung und ggf. Durchsetzung von Verwaltungsentscheidungen unabhängig von ihrem rechtlichen Status (Vermutung der Rechtmäßigkeit der erlassenen Verwaltungsentscheidungen) führen selbst rechtswidrige Entscheidungen zu entsprechenden Rechtsfolgen und müssen beseitigt oder ausgesetzt werden, um erneut Legalität herzustellen. In diesem Artikel werden verschiedene Arten und Kategorien problematischer Entscheidungen vorgestellt. Probleme werden nach der Theorie des Verwaltungsrechts in Griechenland vorgestellt. Darüber hinaus werden die Rechtsmittel vorgestellt, welche die Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit bezwecken, sowie andere Rechtsmittel und Verfahrensfunktionen in Betracht gezogen, die entweder von den Behörden selbst oder von den Bürgern angewendet werden können, die durch die problematische Entscheidung sich in ihren Rechten verletzt fühlen.

Obwohl die Situation auf gesetzlicher Ebene zufriedenstellend zu sein scheint, hat die derzeitige vielfältige Krise des Landes dazu geführt, dass (ziemlich oft gewissenhaft) ungewöhnlich viele falsche und rechtswidrige Entscheidungen getroffen wurden, deren Beseitigung Zeit und Ressourcen erfordert. Die beteiligten Bürger müssen kämpfen, um ihren rechtmäßigen Status aufrechtzuerhalten oder sogar nur sozial und wirtschaftlich zu überleben. Die Vielzahl solcher Entscheidungen der Verwaltungs- und Staatsbehörden erreicht eine Schwelle, die nicht nur für die beteiligten Parteien, sondern mittelfristig auch für die demokratische Gesamtstruktur der Exekutive und Verwaltung des Landes als riskant und gefährlich angesehen werden kann.

Schlüsselwörter: demokratische und freiheitliche Staaten, Rechtsstaatlichkeitsprinzip, Gesetzmäßigkeitsprinzip, Griechisches Verwaltungsrecht, Verwaltungsentscheidungen, Durchsetzbare Verwaltungsentscheidungen, Vermutung der Rechtmäßigkeit, Vermutung der Echtheit und Originalität, Vermutung der Wahrheit, Verfahren zur Anfechtung und Aufhebung von Verwaltungsentscheidungen, Nichtige oder nicht bestehende Verwaltungsentscheidungen, Rechtswidrige Verwaltungsentscheidungen, Aufhebung einer Entscheidung, Gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen.



**Dr. Stephanos Emm.
Kareklas,**

*Rechtsanwalt in
Thessaloniki/GRTeam
Leader der KoFi
Komponente des GIZ
Rechtsstaatlichkeit
Regionalprojektes in
Zentralasien
orcid.org/0000-0001-7998-7765
stephanos.kareklas@giz.de*

1. Einführung

Im Rahmen des modernen, demokratischen und liberalen Rechtsstaates wird die Verwaltung und deren Funktion nicht nur im negativen Sinne vom Gesetz in ihrem Wirkungsbereich begrenzt sondern sie bewegt sich im positiven Sinne ausschließlich im Rahmen der Gesetzlichkeit und wird von dieser gestützt. Das Prinzip, welches diese Bindung der Verwaltung und ihrer Organe an das Gesetz plastisch zum Ausdruck bringt, ist das sog. Gesetzlichkeits- oder Legalitätsprinzip¹. Durch dieses wird eine Verbindung zwischen der Legislative und der Exekutive hergestellt, woraus sich die Verpflichtung der Verwaltung hervorgeht, sich an die Maxime von den diese betreffenden Rechtsvorschriften zu orientieren und diese zu achten. Somit muss das Tätigwerden der Verwaltungsorgane sich an die Vorschriften der Gesetze orientieren, welche durch die rechtmäßig gewählte Volksvertretung, die die entsprechende Volkssouveränität repräsentiert, erlassen wurden. Auf dieser Weise werden die Grundprinzipien der Demokratie aber auch der soziale Friede garantiert und das Vertrauen der Bürger an den Staat und dessen Funktion gestärkt.

Dieses, also das Legalitätsprinzip und dessen lückenlose Anwendung, sollte die (mehr oder weniger) ideale Regel sein, welche allerdings erfahrungsgemäß Ausnahmen ausgesetzt ist: genau diese Ausnahmen, also das Wirken der Verwaltung am Rande oder außerhalb des durch das Gesetz vorgesehenen Rahmens oder noch mehr im Gegensatz zu diesem, also Ausnahmen, die plastisch als Sand im Getriebe einer demokratisch legitimierten und entsprechend funktionierenden Verwaltung beschrieben werden können, sollen den Gegenstand der weiteren Ausführungen darstellen.

2. Zum Begriff „Verwaltungsakt“

Zur tagtäglichen Erfüllung deren Mission werden die Verwaltungsorgane vielfältig aktiv, durch z.B. Erlassen von Entscheidungen, Befehlen, Bestätigungen, Anweisungen, Gutachten, Bekanntmachungen usw. All diese Maßnahmen stellen Erscheinungsformen der staatlichen, öffentlichen Macht dar und sind im Prinzip unter dem allgemeinen Begriff

¹ Gerontas, A. (2014). Summary of General Administrative Law. Athens, Thessaloniki, pp. 77 [Γέροντας Α. Επιτομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2014. 464 σ.].

Tachos, A. (2008). Greek Administrative Law. 9th ed. Athens, pp. 67 [Τάχος Α. Ελληνικό διοικητικό δίκαιο. 9η έκδ. Αθήνα, 2008. 1116 σ.].

des Verwaltungsaktes² zu subsumieren. Andererseits bewirkte die Systematisierung der Materie des Verwaltungsrechtes bei uns in Griechenland – was, soweit ich informiert bin, auch in Frankreich und Deutschland der Fall sein sollte – eine Limitierung dieser allgemeinen Begriffsbestimmung auf die sog. vollstreckbaren Verwaltungsakte (technischer Begriff des Verwaltungsaktes), nämlich auf diejenige Akte der Verwaltung, welche direkte Rechtsfolgen für die Bürger zeitigen. Genau diese Akten unterscheiden sich von anderen Erlässen und Aktivitäten der Verwaltung, vor allem von jenen internen Natur, da sie im Prinzip Gegenstand von weitreichenden Kontrollen, inklusiver von richterlichen, werden können, da sie die Rechtslage der Bürger und deren Rechte antasten. Im Griechischen Verwaltungsrecht gehören, in starker Anlehnung an das Französische und zum Teilgegensatz zum Deutschen Recht, diesem engeren Begriff des (vollstreckbaren) Verwaltungsaktes nicht nur Individual- sondern auch normativ-regulative Akte an. In diesem Rahmen und trotz des Fehlens einer gesetzlich bestimmten Definition des Begriffes, soll im Weiteren auf der Basis von wissenschaftlichen Erkenntnissen aber auch von mittelbaren Rechtsvorschriften und Gerichtsentscheidungen der Begriff des (Individual-)Verwaltungsaktes wie folgt bestimmt werden: es ist ein *souveräner Akt einer Verwaltungsbehörde, welcher einen bestimmten Fall nach den bestehenden Verwaltungsvorschriften regelt, Rechtsfolgen für den betroffenen Bürger beinhaltet und direkte Rechtswirkung besitzt*³.

Des Weiteren und mit Blick auf ein besseres Verständnis der gesamten Problematik über die rechtswidrigen Verwaltungsakte, sollen kurz die Hauptmerkmale dieser (Individual-)Akte dargestellt werden, wobei die Erwähnung der Minimalvoraussetzungen deren Rechtsgültigkeit und -wirksamkeit besonders hervorgehoben werden sollen.

Eine wichtige Voraussetzung dafür ist an erster Stelle die Ausstellung des Aktes durch das *dafür zuständige, rechtmäßig errichtete Verwaltungsorgan*. Die volle Einhaltung der für den Erlass *im Gesetz vorgesehenen Prozedur* ist des Weiteren *conditio sine qua non* für die Rechtsgültigkeit des Aktes; formell wird in fast allen Fällen vorgesehen, dass diese eine schriftliche Prozedur ist und, dass das erstellte Verwaltungsdokument datiert ist, die ausstellende Behörde erwähnt wird, dieses rechtlich begründet und rechtmäßig unterschrieben ist. *Spezielle prozedurale Vorschriften* je nach Fall (z.B. Anhörung des Betroffenen vor Ausstellung des Aktes) sollen genauso peinlich eingehalten werden.

Es liegt in der „rechtlichen Substanz“ des Verwaltungsaktes, dass dieser, soweit formell einwandfrei ausgestellt wurde, eo ipso mit dem sog. Legalitätsindiz gewappnet und in der Regel vollstreckbar ist, wobei bei vielen Rechtsgelehrten die besagte Vollstreckbarkeit nicht lediglich als „Merkmal“ sondern als „tatsächliche Substanz“ des Aktes eingestuft wird⁴. Die besagte *Legalitätsvermutung*, im Rahmen deren die primäre Legalität und

² Dagtoglou, P.D. (2015). General Administrative Law. 7th ed. Athens, Thessaloniki, pp. 228 [Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η έκδ. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2015. 906 σ.].

³ Dagtoglou, P.D. (2015). General Administrative Law. 7th ed. Athens, Thessaloniki, pp. 228 [Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η έκδ. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2015. 906 σ.].

⁴ Siehe: Gerontas, A. (2014). Summary of General Administrative Law. Athens, Thessaloniki, pp. 119 [Γέροντας Α. Επιστομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2014. 464 σ.] und die dort präsentierte Diskussion zur Frage, ob die Vollstreckbarkeit ein lediglich emmanentes/externes oder schon ein immanentes/internes, ja quasi natürliches Merkmal des Verwaltungsaktes ist. Auf jeden Fall handelt es sich dabei um ein „wesentliches Merkmal“ des individuellen

das direkte Eintreten der vorgesehenen Rechtsfolgen aller Akte angenommen werden, stellt ein Grundprinzip des Verwaltungsrechts dar, dessen Legitimation weniger mit der Staatsautorität *per se* als mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit, welcher das reibungslose und stabile Funktionieren der Verwaltung unterstützt und das begründete Vertrauen der Bürger an die Rechtmäßigkeit dieser Funktion, die in einem demokratischen Staat unabdingbar ist, garantieren soll, zusammenhängt⁵.

Der kritische Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten ist der Konkrete Zeitpunkt deren Erstellung, was u.a. bedeuten soll, dass spätere Änderungen deren gesetzlichen Grundlage ihre Legalität nicht beeinflusst, es sei denn dieses wird im entsprechenden Gesetz *expressis verbis* vorgesehen und die Verfassung diesen rückwirkenden Eingriff zulässt⁶.

Von der allgemeineren Vermutung der Legalität lassen sich zwei weiteren Vermutungen ableiten, nämlich die *Echtheits-/Originalitätsvermutung*, welche das rechtmäßige Bestehen und Funktionieren der erstellenden Behörde indiziert; und die *Wahrheitsvermutung*, nach welcher die in einem Verwaltungsakt enthaltenen Tatsachen primär als wahr zu gelten haben. Beide Vermutungen sind widerlegbar, da alle Staatsdokumente wegen Fälschung anfechtbar sind⁷. Aber auch die zugrundeliegende Legalitätsvermutung ist widerlegbar, unter der Voraussetzung, dass der entsprechende Verwaltungsakt innerhalb der dafür im Gesetz vorgesehenen Frist angefochten wird. Nach Ablauf der jeweils dafür geltenden Frist kann der Akt nicht mehr gerügt werden und die Vermutung wird unwiderlegbar und somit für die Verwaltung und die Bürger absolut verbindlich. Umgekehrt bewirkt die erfolgreiche Anfechtung eines Verwaltungsaktes dessen Aufhebung/Annullierung und sogar *ex tunc*.

Die allgemeinen Prinzipien hinsichtlich des Tätigwerdens der Verwaltung als auch die starken Vermutungen zugunsten ausgestellten Verwaltungsakte bezeugen, dass das tatsächliche Ergehen von fehlerhaften/rechtswidrigen Akten eine Abweichung von der normalen Funktion der Amtsstellen darstellen (sollen), welche der eingehenden rechtlichen Annäherung bedarf. Im griech. Verwaltungsrecht, welches größtenteils von der entsprechenden Französischen Theorie sich leiten und beeinflussen lässt (oder besser: bisher gelassen hat, während inzwischen eine Steigerung des Einflusses der Deutschen Lehre zu beobachten ist), erfolgt die Untersuchung der Fehlerhaftigkeit eines Aktes im Rahmen des Anfechtungs- und Annullierungsverfahrens vor dem Staatsrat (*Conseil d'Etat*)⁸ auf der Grundlage prozessualer Kriterien. Nichtsdestotrotz wird inzwischen anerkannt, dass die „Pathologie“ eines Aktes, trotz deren unmittelbaren Verbindung mit

Verwaltungsaktes.

⁵ Gerontas, A. (2014). Summary of General Administrative Law. Athens, Thessaloniki, pp. 79 [Γέροντας Α. Επιτομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2014. 464 σ.].

Dagtolou, P.D. (2015). General Administrative Law. 7th ed. Athens, Thessaloniki, pp. 140 ff [Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η έκδ. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2015. 906 σ.].

⁶ Tachos, A. (2008). Greek Administrative Law. 9th ed. Athens, pp. 582 f [Τάχος Α. Ελληνικό διοικητικό δίκαιο. 9η έκδ. Αθήνα, 2008. 1116 σ.].

⁷ Art. 438, 455 griech. ZPO; Art. 171 Abs. 1 griech. Verw.Proz.O; Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes 344/1976.

⁸ Das Oberste Gericht des Landes in Verwaltungsangelegenheiten, etwa dem BVerwG entsprechend.

der prozessualen Möglichkeit dessen Anfechtung und des entsprechenden Schutzes des Betroffenen durch die Gerichte, doch kein ausschließliches prozessuales Problem ist, sondern grundsätzliche Fragen aufwirft, die, angesichts deren fundamentalen Charakters, auch die materielle Seite des Verwaltungsrechtes stark miteinbeziehen⁹.

3. Die fehlerhaften Verwaltungsakte

Nach griech. Verwaltungsrecht unterscheiden sich die fehlerhaften/rechtswidrigen Verwaltungsakte wie folgt: a) von Anfang an nichtige; b) genuin nichtige; c) aufhebbare Akte. Diese eher theoretische Unterscheidung wird in der Rechtsprechung, auch diejenige des Staatsrats, nicht bis zur letzten Konsequenz gezogen, ab und zu werden sogar die erwähnten Begriffe undifferenziert und somit irreführend benutzt¹⁰.

3.1. Als *von Anfang an nichtiger* oder auch *nicht-existenter* Verwaltungsakt wird derjenige Akt gehalten, welcher durch eine juristische oder natürliche Person erlassen ist, welche überhaupt kein öffentliches Amt innehat, wie z.B. von einem Privatier oder von einer juristischen Person des Privatrechtes. Es handelt sich um einen Fall der Amtsanmaßung, da die erstellende Person kein Organ der Verwaltung ist und somit können ihre entsprechenden „Akte“ keinen Ausdruck der souveränen Ausübung staatlicher Macht darstellen. Umgekehrt liegt ein solcher Akt nicht vor, wenn die ausstellende Stelle zwar nicht völlig rechtmäßig entstanden ist oder rechtsmangelhaft funktioniert, jedoch weiterhin die Eigenschaft des Verwaltungsorgans aufweist. Hier soll der Schein höher als das Sein bewertet werden, da ein solcher Akt im Rechtsverkehr bei den Bürgern doch den Eindruck der Rechtmäßigkeit erweckt. Bezieht sich allerdings in einem solchen Fall die Fehlerhaftigkeit auf die Frage der Überschreitung der sachlichen Zuständigkeit (z.B. Steuerfestsetzung durch einen Polizisten, Eheschließung im Finanzamt!), dann gilt der erlassene Akt als von Anfang an nichtig trotz der Tatsache, dass der Aussteller Träger der Staatsgewalt i.S.d. Verwaltungsrechtes war. Schließlich sind hierher „Akte“ zu subsumieren, deren Ausstellung prozedural noch nicht vollendet wurde. Hinsichtlich der Rechtsfolgen ist auf folgende Besonderheit der Rechtsprechung hinzuweisen: obwohl die besagten Akte juristisch als nichtexistierend eingestuft werden und somit völlig unwirksam sind, ohne dass dieses durch ein Gericht festgestellt oder auch ausgesprochen wird, können sie mittels Gerichtsurteile für nichtig erklärt werden, wenn sie trotz ihrer rechtlichen Nichtexistenz von der Verwaltung doch vollstreckt wurden und dadurch eine Änderung in der realen Welt erfolgte. Die Rückgängigmachung dieser in der Außenwelt erfolgten Änderung kann lediglich durch ein Gericht angeordnet werden.

3.2. Noch komplizierter gestaltet sich die Unterscheidung zwischen einem *nichtigen* und einem lediglich *aufhebbaren* Verwaltungsakt, da in beiden Fällen deren Fehlerhaftigkeit auf ähnlicher Weise festgestellt wird. Der nichtige Akt wurde zwar von einem Verwaltungsorgan erstellt aber unter Verletzung der relevanten Rechtsvorschriften, wobei die besagte Fehlerhaftigkeit sich auf formell-prozessuale oder auch materielle Normen beziehen kann. Nichtig ist weiterhin der Akt, der irrtümlich (Täuschung des

⁹ Dagtoglou, P.D. (2015). General Administrative Law. 7th ed. Athens, Thessaloniki, pp. 295 [Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η έκδ. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2015. 906 σ.].

¹⁰ Dagtoglou, P.D. (2015). General Administrative Law. 7th ed. Athens, Thessaloniki, pp. 295 [Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η έκδ. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2015. 906 σ.].

Amtsträgers) oder durch Androhung/Gewalt entstanden ist¹¹. Der nichtige Verwaltungsakt ist juristisch betrachtet per se nicht wirksam, für andere Verwaltungsorgane und die Bürger nicht bindend und kann jederzeit vor den Verwaltungsgremien und den entsprechenden Gerichten angefochten werden. Die die Nichtigkeit aussprechende Entscheidung dieser Stellen besitzt keinen rechtsgestaltenden sondern einen lediglich rechtserkennenden Charakter. Die schon existierende Nichtigkeit des Aktes wird lediglich festgestellt und dieser wird ex tunc für nichtig erklärt¹². Im Gegensatz dazu aufhebbar ist der Verwaltungsakt, der eine Fehlerhaftigkeit aufweist und deshalb aufgehoben werden kann. In diesem Fall bleibt der besagte Akt bis zu deren Aufhebung völlig gültig und ist von der Legalitätsvermutung abgedeckt¹³. Und sollte der Akt innerhalb der dafür vorgesehenen Frist (im Allgemeinen, also wenn keine besondere Vorschrift diese Frage anders regelt, beträgt diese Frist 60 Tage) nicht angefochten werden, dann erlangt er volle Gültigkeit. Einen Fall solcher Verwaltungsakte stellen diejenigen Akte dar, welche sich auf ein Irrtum der diese ausstellenden Verwaltungsstelle beruhen. Dieser Irrtum kann sowohl faktischer (Tatbestandsirrtum, error facti) wie auch rechtlicher Natur sein (Rechtsirrtum, error juris). Der Rechtsirrtum kann beispielweise die fehlerhafte Auslegung und Anwendung der dem Akt zugrundeliegenden materiellen Vorschrift sein, während der error facti sich auf Tatsachen der Außenwelt bezieht (z.B. Identität des betroffenen Bürgers, Nichtvorliegen eines entscheidenden Faktors usw.). Aufhebbar ist darüber hinaus der Akt, der sich auf eine Vorschrift stützt, welche nicht mehr gültig ist¹⁴. Bei den nichtigen oder auch den lediglich aufhebbaren Verwaltungsakten kann es naturgemäß dazu kommen, dass nur ein Teil dieser fehlerhaft ist, was zu einer Teilrechtswidrigkeit der Akte führen sollte. In so einem Fall können andere Teile des fehlerhaften Aktes, die in keiner Abhängigkeit zu dem zu beanstandenden Teil stehen, weiterhin ohne Probleme gelten. Es ist dann die Rede von den „teilbaren“ Akten, die dann nur zum Teil für nichtig erklärt oder aufgehoben werden können.

4. Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit/Legalität

Von der Notwendigkeit des völlig legalen und gesetzesmäßigen Funktionierens der Verwaltung kann in einem demokratischen und liberalen Rechtsstaat in keinem Fall abgesehen, Abstriche davon können nicht toleriert werden. Da jedoch faktisch in der Natur

¹¹ Im Falle von Gewalt wäre jedoch zwischen vis absoluta und vis compulsiva zu unterscheiden; da bei der ersten Form jede Ermessensfreiheit des Verwaltungsorgans aufgehoben sein sollte, ist in der Theorie die sich festigende Tendenz wahrzunehmen, solche Akte als von Anfang an nichtig einzustufen. Bei der zweiten Form bleibt den Behörden doch ein gewisser Ermessensspielraum frei (nach dem römischen Grundsatz: tamen coactus, voluit), sodass der dadurch ausgestellte Akt erst durch eine Gerichtsentscheidung aufgehoben werden muss.

Siehe dazu statt vieler: Gerontas, A. (2014). Summary of General Administrative Law. Athens, Thessaloniki, pp. 181 [Γέροντας Α. Επιστομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2014. 464 σ.].

¹² Gerontas, A. (2014). Summary of General Administrative Law. Athens, Thessaloniki, pp. 181 f [Γέροντας Α. Επιστομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2014. 464 σ.].

¹³ Tachos, A. (2008). Greek Administrative Law. 9th ed. Athens, pp. 583 [Τάχος Α. Ελληνικό διοικητικό δίκαιο. 9η έκδ. Αθήνα, 2008. 1116 σ.].

¹⁴ Dagtoglou, P.D. (2015). General Administrative Law. 7th ed. Athens, Thessaloniki, pp. 153 [Π. Δαγτογλού, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η έκδ. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2015. 906 σ.].

der Sache liegen sollte, dass die tagtägliche Funktion der Verwaltung doch fehlerhafte Akte produzieren kann, muss explicit ein rechtlicher Modus bestehen, im Rahmen dessen der fehlerhafte Akt beseitigt und die Rechtmäßigkeit wiederhergestellt werden können. Selbstverständlich stellen sich in Bereich der Kontrolle von illegalen Akten der Verwaltung weitreichende Fragen hinsichtlich der demokratischen Struktur der Verwaltungsorgane, deren relativ straffen Hierarchie und der Pflicht der Untergesetzten zum „Gehorsam“ gegenüber der Anweisungen deren Vorgesetzten¹⁵. Gegenstand dieser kurzer Abhandlung soll jedoch die Behandlung der mangelhaften/ rechtswidrigen Akte per se bleiben.

Ein fehlerhafter Akt kann 1. Von der Verwaltung selbst zurückgenommen werden; 2. Vom Gericht annulliert oder aufgehoben werden; und schließlich 3. Vom Gericht bestätigt werden.

Die *Rücknahme* eines Aktes ist selbst ein chronologisch späterer Verwaltungsakt, welche die Wirkung des erst ausgestellten Aktes für die Zukunft oder auch retrospektiv aufhebt. Die Erstellung eines solchen Aktes folgt unterschiedliche Vorschriften je nachdem, ob die Rücknahme einen rechtskonformen oder doch einen illegalen Akt betrifft. Im zweiten Falle und wenn der Akt nachteilig für den betroffenen Bürger ist (z.B. Erhebung einer Geldbuße, Entlassung eines Staatsbeamten usw.) hat die Verwaltung stets die Möglichkeit und sogar, nach einer in der Theorie stets sich stärkende Meinung, die Verpflichtung¹⁶, diesen zurückzunehmen ohne jegliche zeitliche oder anderweitige Begrenzung. Dieses ergibt sich direkt aus dem Legalitätsprinzip, welches die Grundlage jedes Handelns der Verwaltung darstellt. Im Gegensatz dazu ist die Lage beim Vorliegen eines zwar fehlerhaften aber für den Betroffenen jedoch günstigen Verwaltungsaktes, da diesem durch den Akt verschiedene Rechte eingeräumt werden, nicht so deutlich. Hier konkurriert der schon erwähnte Fundamentalgrundsatz der Legalität mit dem genauso starken Prinzip der Rechtssicherheit und des berechtigten Vertrauens des „verwalteten“ Bürgers an die Rechtschaffenheit des Verwaltungswirkens. Das Thema wird normativ bis heute durch die Vorschrift des Notgesetzes¹⁷ 261/1968 abgedeckt, wo lapidar vorgesehen wird, dass günstige Individualakte, die gesetzeswidrig erstellt wurden, innerhalb angemessener Zeit zurückzunehmen sind, wobei die hier angesprochene Angemessenheit fünf Jahre von der Erstellung des Aktes nicht übersteigen kann. Die besagte Vorschrift, die aus der Zeit der Obristen/Militärjunta 1967–1974 stammt, ist nach der Wiederherstellung demokratischer Verhältnisse im Land

¹⁵ Nur im Falle der „offensichtlichen Verfassungswidrigkeit“ des in Frage kommenden Aktes ist es den in der Hierarchie niedriger gesetzten Stellen erlaubt, ihre diesbezüglichen Bedenken vorzutragen und die Ausstellung des ihrer Meinung nach verfassungswidrigen Aktes abzulehnen. Sollte der Vorgesetzte auch nach dem diesbezüglichen Hinweis auf die Ausstellung des Aktes bestehen, dann hat der Untergeordnete die Pflicht entsprechend zu handeln unter Vermerk seiner Bedenken. Dieses bewirkt keine Fehlerhaftigkeit des ausgestellten Aktes, solange der Mangel nicht gerichtlich festgestellt wird. Es erübrigt sich an dieser Stelle die möglichen disziplinarrechtlichen Konstellationen auch ansatzweise zu besprechen.

¹⁶ Dagtoglou, P.D. (2015). General Administrative Law. 7th ed. Athens, Thessaloniki, pp. 311 [Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η έκδ. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2015. 906 σ.].

¹⁷ In der verfassungsrechtlichen Theorie des Landes gelten als solche (Not-Gesetze) Rechtsvorschriften, die formell den normalen Gesetzen ebenbürtig sind jedoch nicht im Rahmen einer parlamentarischen Prozedur verabschiedet sondern in Zeiten der Aufhebung der Demokratie und des damit zusammenhängenden Parlamentarismus (Diktaturen, Militärputschen, fremde Okkupation) erlassen wurden.

im Juli 1974 scharfer und berechtigter Kritik ob ihrer Verfassungsmäßigkeit ausgesetzt worden¹⁸, ohne jedoch bisher eine entsprechende Änderung zu erfahren. Ihr wurde/wird vorgeworfen, dass das grundlegende Prinzip des berechtigten Vertrauens des Bürgers in die Rechtmäßigkeit der Funktion der Verwaltungsorgane lediglich zeitlich konzipiert, und dessen Anfechtung faktisch ad infinitum (die 5 jährige Frist wird als ein viel zu langer Zeitraum der Anhänglichkeit/Rücknahmefähigkeit des Aktes betrachtet) verlängert. Materialrechtlich wird des Weiteren damit argumentiert, dass in einem demokratischen Rechtsstaat der Schutz des berechtigten Bürgervertrauens schützenswerter zu sein scheint als das Rücknahmerecht der Verwaltung, ein Argument, welches auch in der entsprechenden Theorie in Frankreich oder in Deutschland auf allen Ebenen stärker Gehör erlangt und akzeptiert wird¹⁹. Um es kurz und nach der inzwischen sich im Durchsetzen befindenden Rechtsprechung des Staatsrates darzustellen²⁰: die Verwaltung soll den fehlerhaften aber jedoch für den Betroffenen günstigen Verwaltungsakt innerhalb eines angemessenen Zeitraumes zurücknehmen. Dieser Zeitrahmen lässt sich je nach konkretem Fall variierend bestimmen, soll aber im Prinzip wesentlich weniger als fünf Jahre ab Erstellung des Aktes betragen. Abweichungen davon sind nur auf der Grundlage des Prinzips des starken öffentlichen Interesses erlaubt oder, wenn die Fehlerhaftigkeit des Aktes auf rechtswidriges, verschuldetes Verhalten des begünstigten Betroffenen zurückzuführen ist. Die Rücknahme des rechtswidrigen aber für den Bürger günstigen Verwaltungsaktes stellt keine genuine Sanktion/ungünstige Rechtsfolge sondern eine Wiederherstellung der verletzten Legalität dar; nichtsdestotrotz wird die Position in der Theorie vertreten, dass auch in diesem Fall das Handeln der Verwaltung vom Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt wird²¹.

Zuständig für die Rücknahme des fehlerhaften Aktes ist im Prinzip das Verwaltungsorgan, welches diesen ausgestellt hat oder, im Falle von inzwischen

¹⁸ Siehe im allgemeinen: Dagtoglou, P.D. (2015). General Administrative Law. 7th ed. Athens, Thessaloniki, pp. 315 f [Π. Δαγτόγλου, Γενικό Διοικητικό Δίκαιο. 7η εκδ. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2015. 906 σ.]; Lazaratos, P. (2009). On the constitutionality of the single article a.n. 261/1968 (On the occasion of the CoE 1501/2008). *Studies and observations in jurisprudence*. Athens, pp. 579 ff. URL: <http://kostasbeys.gr/articles.php?s=4&mid=1479&mnu=3&id=25414> [Λαζαράτος Π. Περί της συνταγματικότητας του άρθρου μόνου α.ν. 261/1968 (Με αφορμή την ΣτΕ 1501/2008). *Μελέτες και παρατηρήσεις στη νομολογία*. Αθήνα, 2009. Σ. 579–583. URL: <http://kostasbeys.gr/articles.php?s=4&mid=1479&mnu=3&id=25414>].

¹⁹ Lazaratos, P. (2009). On the constitutionality of the single article a.n. 261/1968 (On the occasion of the CoE 1501/2008). *Studies and observations in jurisprudence*. Athens, pp. 583. URL: <http://kostasbeys.gr/articles.php?s=4&mid=1479&mnu=3&id=25414> [Λαζαράτος Π. Περί της συνταγματικότητας του άρθρου μόνου α.ν. 261/1968 (Με αφορμή την ΣτΕ 1501/2008). *Μελέτες και παρατηρήσεις στη νομολογία*. Αθήνα, 2009. Σ. 579–583. URL: <http://kostasbeys.gr/articles.php?s=4&mid=1479&mnu=3&id=25414>].

²⁰ Gerontas, A. (2014). Summary of General Administrative Law. Athens, Thessaloniki, pp. 173 [Γερόντας Α. Επιτομή Γενικού Διοικητικού Δικαίου. Αθήνα, Θεσσαλονίκη, 2014. 464 σ.]. Des Weiteren die Entscheidungen des Staatsrates 2923/2006; 1567 und 3269/2010; 2414/2011 und 3/2013.

²¹ Lazaratos, P. (1998). The application of the general principles of revocation of illegal administrative acts by jurisprudence. *Studies and observations in jurisprudence*. Athens, pp. 534. URL: <http://kostasbeys.gr/articles.php?s=6&mid=&mnu=0&id=18948> [Λαζαράτος Π. Η εφαρμογή των γενικών αρχών περί ανακλήσεως παρανόμων διοικητικών πράξεων από την νομολογία. *Μελέτες και παρατηρήσεις στη νομολογία*. Αθήνα, 1998. Σ. 531–534. URL: <http://kostasbeys.gr/articles.php?s=6&mid=&mnu=0&id=18948>].

stattgefundenen gesetzlichen Änderungen der materiellen Zuständigkeit, welches für das Erstellen solcher Akte im Zeitpunkt der Rücknahme tatsächlich zuständig ist²². Es ist offensichtlich, dass in Rahmen dieses kurzen Beitrages die Frage nach den möglichen Entschädigungsansprüchen des anfänglich Begünstigten und jetzt durch die Rücknahme einen Schaden erleidenden Bürgers – und die entsprechenden Entschädigungsverpflichtung der Verwaltung-, wie diese in den Artikeln 105 und 106 des Einführungsgesetzes zum griech. BGB vorgesehen sind, auch ansatzweise nicht erörtert werden können.

Die *richterliche Kontrolle* der Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten ist laut Verfassung den ordentlichen Gerichten der separaten Verwaltungsgerichtsbarkeit überlassen (Art. 94 der griech. Verfassung). Im Rahmen der Legalitätskontrolleprozedur auf der Grundlage einer Aufhebungs-/Nichtigkeitserklärungsklage kann die Sache sogar den Staatsrat erreichen²³. Die Möglichkeit der Erhebung der besagten Klage seitens des Betroffenen wird in der Verfassung selbst vorgesehen²⁴, die relevanten Einzelheiten sind im ausführenden Erlass des Präsidenten (Erlass 18/1989) geregelt. Die Voraussetzungen für die Erhebung der Klage, wie in dieser Norm ausführlich vorgesehen, betreffen u.a. die rechtliche Natur des Aktes, das rechtliche Interesse des betroffenen Bürgers, die eventuelle Ausschöpfung anderer Rechtbehelfe und -mittel, die unterschiedliche Vorgehensweise bei Beanstandung lediglich der Zuständigkeit der Behörde, die den Akt erstellt hat (z.B. Zuständigkeitsüberschreitung) oder bei Erhebung von Bedenken des materiellen Verwaltungsrechtes usw. Wird im Rahmen der Aufhebungsprozedur die Klage auch teilweise gerichtlich anerkannt und durch entsprechende Entscheidung bestätigt, ist die Verwaltung verpflichtet umgehend das Gerichtsurteil in die Praxis umzusetzen und den beanstandenden Akt oder Teil von diesem entsprechend für nichtig zu erklären²⁵. Trotz der Tatsache, dass die umgehende Vollstreckung des Urteils durch die Verfassung selbst bestimmt wird, stößt das Verfassungspostulat oft bei der Verwaltung auf tauben Ohren, mit dem Resultat, dass ein großer Teil der Verwaltungsgerichte im Lande mit sog. Vollstreckungssachen und -fälle tagtäglich beschäftigt ist, wobei auch nach solchen negativen Urteilen das Folgeleiten seitens der Verwaltungsorgane nicht völlig garantiert ist, was neulich angesichts der Krise bei Urteilen, die (angeblich) notwendige Sparmaßnahmen der Regierung rückgängig machen oder für verfassungswidrig erklären, sehr oft vorkommt.

Schließlich ist es durchaus möglich, dass ein anfänglich fehlerhafter Verwaltungsakt später bestätigt also sanktioniert wird und dessen Fehlerhaftigkeit aufgehoben wird. Dieses kann mittels normativen Änderung oder durch einen neuen Akt oder ein Gerichtsurteil geschehen, welche den rechtswidrigen Akt ausdrücklich für rechtmäßig und vollkräftig erklären, was in der Regel rückwirkend wirkt²⁶.

²² Art. 21 Abs. 1 griech. VerwProzO in Verbindung mit dem Gesetz 2690/1999.

²³ Tachos, A. (2008). Greek Administrative Law. 9th ed. Athens, pp. 783 ff [Τάχος Α. Ελληνικό διοικητικό δίκαιο. 9η έκδ. Αθήνα, 2008. 1116 σ.].

²⁴ Art. 95, Abs. 1 griech. Verfassung.

²⁵ Art. 95, Abs. 5 griech. Verfassung.

²⁶ Tachos, A. (2008). Greek Administrative Law. 9th ed. Athens, pp. 584 ff [Τάχος Α. Ελληνικό διοικητικό δίκαιο. 9η έκδ. Αθήνα, 2008. 1116 σ.].

5. Aktuelle Probleme anstatt eines Epilogs

Zusammenfassend, für die Theorie stellt der fehlerhafte, ja rechtswidrige Verwaltungsakt eine Abweichung vom Grundsatz des Legalitätsprinzips dar, die aufgehoben werden muss, sodass der besagte Grundsatz auf jeden Fall zu Durchsetzung kommt. In der Praxis und bis es tatsächlich die Legalität wiederhergestellt wird, kann dem von einem solchen Akt Betroffenen ein enormer Schaden errichtet werden, ja er kann in die Ruine getrieben werden. Dieses tritt vor allem ganz deutlich im Bereich der Besteuerung zum Vorschein. Diese Staatsaktivität hat in den letzten 5 bis 6 Jahren angesichts der verheerenden, vielseitigen und -schichtigen Krise, die im Lande herrscht, enorme Bedeutung auch für die blanke Aufrechterhaltung von elementaren staatlichen Strukturen erlangt, mit der Folge, dass von diesem Hintergrund die mit der Steuereintreibung beauftragten Behörden oft ihre Pflichten dem Staate gegenüber in einer vehementen, ja martialischen Art und Weise erfüllen und den entsprechenden Staatsanspruch gnadenlos gegen die leidenden Bürger durchsetzen. Die sich ständig summierenden und akkumulierenden steuerlichen Sondermaßnahmen werden oft von den Bürgern gerichtlich angegriffen, wobei es an Urteile, auch solche des Staatsrates, nicht fehlt, die manche von diesen (z.B. die übermäßige „horizontale“ Kürzung von Pensionen und Renten) Maßnahmen für verfassungswidrig erklärten. Diese Maßnahmen wurden oft auf einer Weise konzipiert, die rigoros auch gegen Sozialschwachen und Minderverdienenden vorging und faktisch deren Marginalisierung bewirkte. Das große Fragezeichen hier ist nicht nur, ob solche politischen Entscheidungen und somit die diese tragende Individualbescheide gesetzeskonform, sondern auch und vor allem, ob sie von materiellen Gesichtspunkten aus gerecht sind, sodass diese eine entsprechende gerichtliche Kontrolle erfolgreich bestehen können. Des Weiteren soll die Tatsache nicht übersehen werden, dass ein Rechtsstreit zwischen dem Betroffenen und der Verwaltung für den Bürger nicht kostenlos ist und übermäßig andauert, sodass seine Position sich nicht wesentlich verbessert. Hier stellt sich dann die „hamletische“ Frage (to be or not to be) mit besonderer Vehemenz, nämlich bis zum welchen Punkt darf – wenn überhaupt – die Berufung auf völlig außerordentliche, ja selbst die Existenz des Staatswesens in Frage stellende steuerliche Umstände und wirtschaftliche Notwendigkeiten Abstriche von der Legalität oder deren Beugung im Sinne des bekannten Grundsatzes „salus patriae suprema lex est“ rechtfertigen? Könnte es inzwischen in Griechenland schon dazu gekommen sein, dass die Abweichung vom Legalitätsprinzip, im Titel dieses Beitrages als „Sand im Getriebe der Verwaltung“ beschrieben, die der demokratische Gesetzgeber früher so deutlich bemüht war zu begegnen und auf vielfältiger Weise zu korrigieren, zum Normalfall geworden ist? Und kann dieses überhaupt akzeptiert und legitimiert werden? Wo würde die entsprechende Grenze liegen? Die Beantwortung dieser Frage ist m.E. mitbestimmend für die Zukunft des Landes, da ich persönlich fest davon überzeugt bin, dass auch im Rahmen eines besonders gewagten dialektischen Diskurses die Gerechtigkeit doch nicht am Ende einer Kausalkette von Ungerechtigkeiten zu finden sein kann sondern erst sich durch die bewusste und unbeirrbar Befolgung der Legalität gewinnen lässt.

SAND IN THE GEARBOX OF THE FUNCTIONING OF PUBLIC ADMINISTRATION: DEFECTIVE/ILLEGAL ADMINISTRATIVE ACT AND ITS CONTROL

Dr. **Stefanos Kareklas**,

Team Leader of the EU-funded project

“Promotion of the Rule of Law in the Kyrgyz Republic”,

Attorney of Thessaloniki, Greece

orcid.org/0000-0001-7998-7765

stefanos.kareklas@giz.de

The article discusses the issue of the existence and legal repercussions of illegal administrative acts according to Greek Administrative Law. Following the principle of legality, the operation of the public administration and especially the issuing of administrative decisions should be fully governed by the relevant legal provisions; nevertheless, it rather often happens that decisions are taken, which are partially or completely in violation of legal provisions. Despite that fact, and due to the existing principle of enforcement of administrative decisions independently of their legal status (presumption of legality of the administrative decisions issued), even illegal decisions are producing legal results and have to be removed or suspended in order to re-establish legality. In the article the various types and categories of problematic decisions are presented. This issue is presented according to the theory of Administrative Law in Greece. In addition, the legal remedies foreseen for restitution of legality, other remedies and procedural functions are considered, which can be employed either by the institutions themselves or by the citizens negatively affected in their rights by the problematic decision.

Even though the situation at legislative level seems to be satisfactory, the current manifold crisis of the country has led to the (pretty often conscientious) production of uncommonly many incorrect and illegal decisions, the suspension of which requires time and resources, whereas in the meantime the citizens involved have to struggle to maintain their rightful status or even to merely socially and economically survive. The quantity of such decisions of the administrative and State-institutions is reaching a threshold which can be considered risky and dangerous, not only for the parties involved but in the medium-term also for the overall democratic structure of the country's executive and administration.

Key words: democratic and liberal states governed by the rule of law, principle of legality, Greek administrative law, administrative decisions, enforceable administrative decisions, presumption of legality, presumption of authenticity and originality, presumption of truth, procedure for challenging and annulling administrative decisions, void or non-existent administrative decisions, voidable administrative decisions, setting aside of a decision, judicial control of the legality of administrative decisions.

FICTITIOUS ADMINISTRATIVE ACTS: PROSPECTS OF REGULATION IN THE COUNTRIES OF CENTRAL ASIA

The Central Asian countries – Kazakhstan (twice: in 2000, 2015–2016), Kyrgyzstan (twice: in 2004, 2015), Tajikistan (in 2007), and Uzbekistan (twice: in 2007, 2015–2016) – are trying to implement laws on administrative procedure into their national legal systems. Laws on administrative procedure are a tool of western philosophy, an institute of European administrative law of the European understanding of open government and effective administrative regulation, approaches to which the countries of the region have begun to develop relatively recently. Instead of a formal pursuing the adoption of laws on administrative procedure, it is more important to find answers to the countries' readiness to accept laws on administrative procedure into their existing social, political and economic realities, including the peculiarities of the legal systems. The research notes a lack of two key concepts of the laws on administrative procedure – the concept of administrative procedures as such and the concept of administrative acts. It is analyzed the possibility of implementation of one of the variants of the administrative decision adopted as the result of a fictitious approval (Genehmigungsfiktion). Today, in Central Asia a truncated model of fictitious approval is in operation – the principle “silence gives consent” – within the sphere of licensing procedures of entrepreneurship: “if the public authority does not submit within the established deadlines a motivated refusal or authorization document, such a document is considered to be issued (i. e. the procedure is deemed to be completed)”. The article provides its comparative legal analysis of the application of fictitious approval in the countries of Central Asia.

The author arrives at a number of conclusions:

- administrative “silence” can be used by the legislator as a fictitious administrative act (tacit consent);
- administrative “silence” is a form of an administrative act, but only on the basis of legislative clauses;
- objective limitations of the use of administrative “silence” are shown;
- different types of inactivity are classified for its effective objection, the position of the term in the system of such definitions as “administrative silence”, “delay in the adoption of an administrative act”.

Key words: administrative procedures, administrative act, administrative “silence”, fictitious approval, Central Asia.

Leonid Khvan,
*PhD in Law, Associate
 Professor
 (Tashkent, Uzbekistan)*

1. Introduction

Countries of the Central Asia – Kazakhstan (twice: in 2000 and 2015–2016¹), Kyrgyzstan (twice: in 2004, 2015²), Tajikistan (in 2007), and Uzbekistan (twice: in 2007³, 2015–2016⁴) were among the first in the post-Soviet space which attempted to assimilate statutory provisions on administrative procedures. A lot of people wonder why the laws didn't become valid after a long period, why they didn't lead to changes in law enforcement of administrative authorities, in government management of the economy, why it didn't affect the confidence in the public institutions. Why didn't the changes take place at the level of legal consciousness, why didn't standpoints and control options of civil society modify? Whether new attempts of the legislator will be

¹ Parliament of the Republic of Kazakhstan (2015). Draft Law of the Republic of Kazakhstan “On Administrative Procedures” dated December 30, 2015; updated on May 18, 2016. URL: <http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/zakon-respubliki-kazahstan-ob-administrativnyh-procedurah> [Об административных процедурах : проект Закона Республики Казахстан от 30 декабря 2015 г.; обновлено 18 мая 2016 г. URL: <http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/zakon-respubliki-kazahstan-ob-administrativnyh-procedurah>].

² Parliament of the Kyrgyz Republic (2015). Law of the Kyrgyz Republic “On the Fundamentals of Administrative Activity and Administrative Procedures” dated July 31, 2015 № 210. *Erkyn-Too*, no. 78(2549) [Об основах административной деятельности и административных процедурах : Закон Кыргызской Республики от 31 июля 2015 г. № 210. *Эркин-Тоо*. 2015. № 78(2549)].

³ Parliament of the Republic of Uzbekistan (2007). Law of the Republic of Uzbekistan “On Administrative Procedures” dated June 21, 2007 [Об административных процедурах : Закон Республики Узбекистан от 21 июня 2007 г.]. The Draft Law was developed with the assistance of GIZ & JICA and included all fundamental provisions of the institute of administrative procedures. The Law was not approved by the Senate of the Oliy Majlis of the Republic of Uzbekistan.

⁴ On January 23, 2015, the “Programm of Action of the Cabinet of Ministers of the Republic of Uzbekistan for the near and long term” was presented. It provided for measures to further liberalize the conditions for doing business, to completely eradicate the facts of unlawful interference of state bodies in private business, as well as to remove all obstacles and unreasonable restrictions.

See: Cabinet of Ministers of the Republic of Uzbekistan (2015). Programm of Action of the Cabinet of Ministers of the Republic of Uzbekistan for the near and long term. URL: <http://gov.uz.ru/press/politics/29049> [Программа действий Кабинета министров Республики Узбекистан на ближайшую и долгосрочную перспективу. URL: <http://gov.uz.ru/press/politics/29049>].

successful or they suffer the fate of the previous versions of the laws on administrative procedures (hereinafter – “LAP”). There are no clear and system answers at the level of analytical research as well as in the official line of the legislator or executive authority, which are responsible for the current hard-hitting state of affairs in the relations “official – citizen”. On the one hand, there has been non-critical, formal pursuing of the adoption LAP and, on the other hand, one should look for a more appropriate answer in the analysis of available social, political and economic realities, including the special aspects of the national law enforcement. The legislator hasn’t conducted social research in any of the abovementioned countries – doctrine is silent about it. There is no analysis of the institute of administrative procedures through the prism of four dimensions. This refers to the following aspects:

- 1) human rights and justice (human rights advocacy and LAP role);
- 2) the concept “good governance” (the assurance of proper administration, change of the composition of government machinery and LAP potential);
- 1) economic freedom (problems of activities of administrative regulators, LAP potential);
- 4) legal compatibility, priorities and adaptation (LAP position, system assimilation of framework LAP and its correlation with the legislation on public services, licensing procedures, civil service, e-governance etc.).

The analysis is important because LAP ideas are introduced in the government machinery for the first time and, at the same time, LAP is an instrument of the western world view, an institute of European administrative legislation and law, part of European understanding of open government and effective government regulation, approaches to which are actively elaborated by countries of the Commonwealth of Independent States (hereinafter – CIS). This is also an answer to the question on administrative procedures we need: concrete or declared ones. Now, there is no doubt that countries of the region have not bargained on the socio-legal concept of administrative procedures, including the fact that theory of administrative procedures develops ineffectively and slowly against the background of legislative changes. This is an obvious and one of the most serious challenges of the current preparation and upcoming implementation of LAP. Thus, there is scientific crudity of its two key provisions in evidence – the principles of administrative procedures and administrative act. Moreover, the modern *concept of an administrative act*, which has formed in the west doctrine of administrative law, significantly differs from the concept of *individual legal act*, which we have used both in the Soviet era of administrative law and the epoch of the contemporary history of CIS countries. The difference is based on the principles of interrelation of the government machinery and a citizen as a weaker party of legal relations. For a long time, the governments of CIS countries have been declaring the transition from an old system of public administration in which a citizen is a petitioner waiting for a decision of the administration to advanced democratic one where the building of new decent and fair relations “administration – citizen” is fully and generally formulated as good governance & best regulation & better decision. However, sometimes it is left out of account the fact that LAP belongs to the legislative decisions requiring a special approach, including elaborated preparatory period and performance of a legal experiment. German researchers believe that

the effectiveness of new laws on general administrative law is in the way how they will be institutionally provided. This requires a primary in-depth analysis of that problems and context, legal culture and vital activities in which new LAP standards and sequent legal traditions are going to be introduced. Under that sort of system approach, there is a potential for the changes which, for example, in the context of conditions of Central Asia, will gradually propel “the relations of a citizen and the state to the next level”. In 2013, the developed jurisdictions approved once again that citizen’s right to good governance is a fundamental right⁵ and stated a direct interrelation between the fundamental human rights and administrative procedures. In essence, the LAP concept is integral to good governance where public power shows respect to a citizen and is ready to be accountable and open for non-governmental monitoring.

This article analyses one of the variants of an administrative act adopted as a result of a fictitious approval (*Genehmigungsfiktion*)⁶. Administrative “silence” is an obligatory part of the legal infrastructure of the government machinery created by LAP. SIGMA experts often emphasize: when an individual enters into legal relations with public administration, he faces many challenges as well as complexity, continuity and legal uncertainty of administrative procedures. This needs introducing some principles in terms of simplification of administrative procedures, inter alia, through a tacit consent – authorization by a competent agency after the termination of term designated for the adoption of an administrative act⁷. Italian professor Vera Parisio, the prominent researcher of the principle of administrative “silence”, precisely notes that the objective of tacit consent is to avoid human suffering due to the ineffectiveness of public administration⁸. From this standpoint, the legislator and doctrine of administrative law of CIS countries have to give a relevant scientific assessment and elaborate an effective model for a practical application of administrative “silence”, which objectively has not been a subject matter of analysis⁹ and, respectively, an element of law enforcement mechanism in the executive branch.

⁵ European Parliament (2013). European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INL)). URL: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P7-TA-2013-0004&type=TA&language=EN&redirect#top>.

⁶ This is the name of a kind of administrative act in the LAP of Germany (section 42a *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG)). See: German Parliament (1976). Administrative Procedure Act (VwVfG). URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/VwVfG.pdf> [*Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG). URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/VwVfG.pdf>].

⁷ Good Administration through a Better System of Administrative Procedures. SIGMA – the new Law on Administrative Procedures for Kosovo. October, 2012, pp. 21. URL: http://sigmaweb.org/publications/Comments_LawAdminProceduresKosovo_JN_Oct2012_Eng%20%20.pdf.

⁸ Parisio, V. (2013). The Italian Administrative Procedure Act and Public Authorities’ Silence. *Hamline Law Review*, vol. 36, iss. 1, pp. 20. URL: <https://digitalcommons.hamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=hlr>.

⁹ Kilyashkanov, I.Sh. (2005). The institute of justifiable defense in administrative law: conceptual frameworks and problems of legal content. *Administrative law and process*, no. 1, pp. 2–8 [Киляшханов И.Ш. Институт необходимой защиты в административном праве: концептуальные основы и проблемы правового наполнения. *Адміністративне право і процес*. 2005. № 1. С. 2–8].

2. Legal assessment of administrative “silence” from the perspective of European principle “good governance”

For the first time, the term of administrative “silence” emerged not in the EU legislation on administrative procedures but due to the EU Directive on the regulation of requests of EU citizens to obtain a permit for the public services provided in the EU countries (the Services Directive)¹⁰. However, in the very framework of working upon the rules of the Services Directive, it was concluded that the principle of tacit authorization by the competent authorities also should be included in the concept of the law on common administrative procedures. The principle contributes to the administrative simplification and the key point that it is the general principle of good governance.

The EU countries consider administrative “silence” as *an instrument for the development of the administrative culture of the government machinery*. In the well-known paper “The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards”, West European analytics emphasized that many European legal orders in West and East Europe had and still have the problems of transparency and access to information, as the fundamental principle of public activities. Hence, the act of omission (silence) or delay in processing requests for access to public information often takes place¹¹.

The above provision gained momentum and consolidation in Rec(2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts adopted on 15 December 2004. Paragraph 1a states that “*administrative acts*” mean the instances of refusal to act or *omission to do so* in cases where the administrative authority is under an obligation to implement a procedure following a request. Paragraph 15 of the Explanatory Memorandum to the Recommendation provides the following comment: the scope of administrative act also covers the situations of refusal or omission of administrative administration in cases where there is an obligation of administrative authority to act. The Recommendation considers that the concept of administrative act embraces the cases where the administration doesn’t respond to an enquiry of an applicant or directly or indirectly refuses to adopt a relevant decision or action. The court shall be authorized to act in both situations. Then, paragraph 16 marks: “The interests of a citizen can’t be violated by administration keeping silence under no circumstances. Upon expiry of the term specified by law, the silence shall make the court accessible. In such

¹⁰ European Parliament (2006). Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0123>.

European Parliament (2013). European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INL)). URL: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P7-TA-2013-0004&type=TA&language=EN&redirect#top>.

¹¹ OECD (2010). The Right to Open Public Administrations in Europe: Emerging Legal Standards. *SIGMA Papers*, no. 46, pp. 13. URL: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5km4g0zft27-en.pdf?expires=1588771648&id=id&accname=guest&checksum=902975228513E654C411013299853E82>.

cases, an administrative authority shall substantiate the reasons for application rejection upon request of the applicant or by court order”¹².

In the European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure, the Recommendation 4 (rules regulating administrative decisions) has an individual paragraph 4.2 which consolidates the following provision: “a notice on requests for individual decisions shall involve the time-limit for the adoption of the decision concerning the issue under consideration. The consequences of any failure to adopt the decision within that time-limit (administrative silence) shall be indicated”¹³.

Therefore, there is a sound international-legal substantiation of consideration of an administrative “silence” for a more system-based regulation of the institute of an administrative act at the level of national laws and thus, strengthening of positions of applicants in the case of appealing against all types of measures adopted by the administration.

In EU *acquis* administrative “silence means a *fictitious* administrative act or its kind, which is considered to be adopted within a time-limit specified by the law for a decision upon the request of an individual”¹⁴. The general rule lies in the fact that administrative procedure shall be completed by the adoption of a particular administrative decision (favorable or unfavorable). Another option would mean not only the wrench of a legal role of public administration but also the violation of the most important principle of administrative procedures – the principle of regular expectations. Moreover, the LAP of many EU countries involves contiguous concepts, which should be taking into account and distinguish from the perspective of serving the interests of an applicant, e. g. *delay* in the adoption of an administrative act, *omission* of an administrative authority led to an absolute violation of proceedings for the administrative procedure (for example, administrative proceedings haven’t been initiated, and any procedural action hasn’t been performed) and, as a consequence, non-adoption of a formal administrative act.

In a legal logic of the institute of administrative procedures, the *omission* of the administrative authority is an independent kind of *administrative action* of public administration¹⁵, e. g. *refusal* of the challenge of an official, *redelivery* of a petition on the issuance of the administrative act etc. (all types of such administrative actions can

¹² Council of Europe (2004). Recommendation Rec(2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805db3f4.

¹³ European Parliament (2013). European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INL)). URL: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=P7-TA-2013-0004&type=TA&language=EN&redirect#top>.

¹⁴ Good Administration through a Better System of Administrative Procedures. SIGMA – the new Law on Administrative Procedures for Kosovo. October, 2012, pp. 22. URL: http://sigmaweb.org/publications/Comments_LawAdminProceduresKosovo_JN_Oct2012_Eng%20%20.pdf.

¹⁵ Aedmaa, A. et al. (2004). Administrative procedure guide. Tartu, pp. 537, 613, 626 [Руководство по административному производству / А. Аэдмаа, Э. Лопман, Н. Паррэст, И. Пилвинг, Э. Вэне. Тарту, 2004. 700 с.].

be challenged regardless of the approval of the final administrative act). In the logic of the law concerning citizens' appeals of the Soviet era, *omission* of an official was also considered as an equivalent of an unlawful act of the official. Consequently, the omission of public administration is illegal, and this is the general principle in the assessment of its activity.

3. A fictitious administrative act or administrative “silence” in the legislation of the countries of Central Asia

Chapters of the LAP of Kazakhstan (incl. its new draft bill as of 2015), Kyrgyzstan (incl. its second version as of 2015), Tajikistan, Uzbekistan (draft bill as of 2016) devoted to an administrative act don't have any provisions on administrative “silence”. However, the legislation of the region's countries on licensing procedures permits the application of the principle “silence gives consent”, which is partly a prototype of administrative “silence”.

3.1. Kazakhstan

In 2007, the principle “silence gives consent”, stipulating automatic authorization of an applicant to carry out a licensable activity in case of licensor's non-response within the time-limit, was introduced in the Law of the Republic of Kazakhstan “On Licensing”¹⁶. Further, this principle was developed in many governmental concepts on business regulation and the elimination of administrative barriers¹⁷. In 2011, analyzing the state of affairs in the public administration, the government of Kazakhstan decided to consolidate the principle “silence gives consent” in its provisions through its extension to all licensing procedures for the reduction of time expenditures and business costs in legislation, simplification of licensing procedures. It was established that if a public authority fails to submit a reasoned refusal or an authorization document within the time-limits, such a document is considered to be issued (i. e. the procedure is interpreted to be completed). At the same time, an applicant shall not notify about the commencement of activities. In the context of improving the licensing system and control and supervisory activities of state bodies of Kazakhstan, it is determined the types of activities of medium danger level, which can be settled through regulators less tough than censoring (permits, accreditation, attestation, certification, etc.), and to which the principle “silence gives consent” will be applied¹⁸.

¹⁶ Parliament of the Republic of Kazakhstan (2007). Law of the Republic of Kazakhstan “On Licensing” dated January 11, 2007. *Bulletin of the Parliament of the Republic of Kazakhstan*, no. 2, art. 10 [О лицензировании : Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 г. *Ведомости Парламента Республики Казахстан*. 2007. № 2. Ст. 10].

¹⁷ Government of the Republic of Kazakhstan (2008). Decree of the Government of the Republic of Kazakhstan “On the Concept for improving the licensing system in the Republic of Kazakhstan for 2009–2011” dated November 27, 2008 № 1100. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P080001100> [О Концепции совершенствования разрешительной системы в Республике Казахстан на 2009–2011 годы : Постановление Правительства Республики Казахстан от 27 ноября 2008 г. № 1100. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P080001100>].

¹⁸ Government of the Republic of Kazakhstan (2011). Resolution of the Government of the Republic of Kazakhstan “On the Draft of the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan “On Modernization Concept of Public Administration System in the Republic of Kazakhstan” dated June 1, 2011 № 612. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1100000612> [О проекте Указа Президента Республики Казахстан «О Концепции модернизации системы

In 2012, for the implementation of the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan dated January 30, 2012 № 261 “On Measures for the Exercise of the President’s Address to the People of Kazakhstan dated January 27, 2012 “Socio-economic modernization – a principal vector for the development of Kazakhstan”, the government re-emphasizes that principle “silence gives consent” is designed to motivate government authorities to adhere to timescales established by the legislation to issue authorization documents and to promote business development outside administrative barriers¹⁹.

The Law of the Republic of Kazakhstan “On Permits and Notifications” dated May 16, 2014 doesn’t identify the principle “silence gives consent” directly, however, the provisions of Art. 26 “Consequences of delay of the issuance of a permit” regulate the principle in details. The general rule states that carrying out of activity or actions (operations) by individuals and legal entities, for which the law has established the authorization-based or notification procedure, is impossible without a relevant permit or notification. If a licensing authority didn’t issue a permit and/or appendix to the permit for an applicant within the time limits established by the law or didn’t provide a reasonable refusal of issuance, the permit and/or appendix to the permit are considered to be issued from the date of expiry of time limits for their issuance and simultaneously included in the state electronic registry of permits and notifications by the licensing authority. On or prior to five working days after the expiry of time limit for the issuance of a permit and/or appendix to the permit, the authority shall provide an applicant with a relevant permit and/or appendix to the permit. If the authorization authority failures to issue the permit and/or appendix to the permit after five working days, the permit and/or appendix to the permit shall be considered to be gained. Before obtaining a permit, a document acknowledging the acceptance of the relevant application for a permit by the authorized agency is the confirmation of activity’s lawfulness.

The legislator stipulates the cases when the above provisions are not applicable, e. g. when issuing a license for conducting banking and other operations; for carrying out activities in the securities market; for the right to implement insurance (reinsurance) activity within a branch “blanket insurance”; in context of record registration

государственного управления в Республике Казахстан» : Постановление Правительства Республики Казахстан от 1 июня 2011 г. № 612. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1100000612>].

¹⁹Government of the Republic of Kazakhstan (2012). Decision of the Government of the Republic of Kazakhstan “On the Concept of Further Reforming of Licensing System of the Republic of Kazakhstan for 2012–2015” dated July 11, 2012 № 929. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1200000929#z0> [О Концепции дальнейшего реформирования разрешительной системы Республики Казахстан на 2012–2015 годы : Постановление Правительства Республики Казахстан от 11 июля 2012 г. № 929. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1200000929#z0>].

Government of the Republic of Kazakhstan (2014). Decree of the Government of the Republic of Kazakhstan “On approval of the Concept of state regulation of entrepreneurial activity until 2020” dated April 18, 2014 № 380. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1400000380> [Об утверждении Концепции государственного регулирования предпринимательской деятельности до 2020 года : Постановление Правительства Республики Казахстан от 18 апреля 2014 г. № 380. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/P1400000380>].

of micro-financial institutions; when issuing a permit for the possession of duty weapons and ammunition by legal entities or purchase of civilian weapons and ammunition by individuals, etc.

It is impossible to ignore the fact that in law, the principle “silence gives consent” also embraces the legal relations between administrative authorities which originate when a licensing authority requests for the reception of auxiliary permit (approval) by the relevant state body on the applicant’s compliance or non-compliance with requirements when licensing or realizing authorization procedures. In particular, the law defines that the issuance of a permit is considered to be agreed if the state body hasn’t responded within time limits.

Thus, the legislation of Kazakhstan actively uses an instrument of administrative “silence”, but it hasn’t regulated it under the LAP (versions as of 2000 and draft as of 2015) due to some reasons. Licensing procedures are an inherent part of the institute of administrative procedures, and it has a practical sense to specify an important provision on the completion of a procedure by adopting administrative act through a fictitious approval that is, through administrative “silence”. It is interesting to note that paragraph 2 of Art. 45 of the LAP Bill as of 2015, which defined the forms of administrative decisions, notes: *“administrative decisions made in the oral or tacit form are subjected to the written execution, at the request of the addressee of an administrative decision, within five working days from the day of an appeal. In this case, the requirements applied to the written administrative decision by the current Law are followed”*. In other words, this article of the framework LAP might be updated with the provision stipulating that after the expiry of a defined period for the adoption of an administrative decision, a permit which has been requested by an individual can be considered to be issued (a fictitious approval) if it is provided by the relevant law (in this case, by the law on permissions and notifications). And the provisions relating to the validity of administrative decision and proceedings for appealing are applied *mutatis mutandis*. The permit, which is provided through a fictitious approval, should be confirmed in a written form for an applicant.

3.2. Kyrgyzstan

The author didn’t find the cases of the use of administrative “silence” in the legislation of Kyrgyzstan. Unfortunately, this instrument was not reflected in the LAP provisions of the Kyrgyz Republic as of 2015. Here, the paper focuses on a somewhat contradictory terminological comprehension of an administrative act and the omission of administrative authority. On the one hand, when defining administrative activity, the legislator differentiates the activity of administrative authorities making an external impact and resulting in the adoption of administrative acts and act of commission or *omission*, which causes legal and/or practical consequences to individuals and legal entities. But paragraph 2 of Art. 4 stipulates that an administrative complaint can be made against the adopted *administrative act*, which under the procedure of a presentation of this paragraph is divided into an *act of commission* or *omission* of administrative authority, that is nothing near so. As legal measures they are independent. Act of commission, as well as omission, has to be distinguished from an administrative act. The wording of Art. 2 of LAP, according to which the effects of sections 1-3, section 15 of LAP cover

only *act of commission* of administrative authorities in public relations, is not entirely appropriate. It means a more comprehensive approach.

3.3. Tajikistan

“Tacit approval” as the principle of the licensing system in business is fixed in the legislation of the Republic of Tajikistan²⁰. The legislator interprets “*tacit approval*” as a procedure due to which an authorization document is considered to be issued (re-issued, renewed) if the administrative body hasn’t decided on application notifying an applicant within the time limit and under the terms prescribed by the above law. Upon the expiry of indicated period for the issuance of authorization document and with a lack of written notification on the part of authorization authority, an applicant can commence an activity for which he has requested authorization document.

The procedure of tacit approval is not applied only to individual types of authorization documents issued by licensing authorities, e.g. in case of a request to grant Dehqan farm (farm enterprise) a certificate on a land leasehold or radio frequency authorization, either a permit for blasting operations, or a permit for users’ connection with energy lines, and in other substantiates situations where a public interest strongly prevails.

In case of any situation (tacit approval), a licensing authority draws up a permit for the period for no more than 5 days after expiry of the time limit specified by the law, i. e. ten working days after registration of a request for obtaining an authorization document and appended documents.

It is somewhat difficult to explain the provision under which the legislator of Tajikistan intentionally stipulates: a negative acknowledgment of licensing agency is not considered equivalent to the tacit approval. As well as in other countries of the region, administrative “silence”, unfortunately, has not become a subject of the regulation of the Code on Administrative Procedures of the Republic of Tajikistan²¹.

3.4. Uzbekistan

For the first time, the principle “tacit approval” was fixed in the special branches of administrative regulation of Uzbekistan (tax, municipal). In particular, it was applied in 2011 in the Resolution of the Cabinet of Ministers of the Republic of Uzbekistan “On additional measures to further improve the use of cash registers with fiscal memory” dated 17 November 2011 № 306²². As it is known, legal entities and individual

²⁰ Art. 11 of the Law of the Republic of Tajikistan “On Licensing System”.

See: Parliament of the Republic of Tajikistan (2011). Law of the Republic of Tajikistan “On Licensing System” dated August 2, 2011. *Akhbori Majlisi Oli of the Republic of Tajikistan*, no. 6, art. 606 [О разрешительной системе : Закон Республики Таджикистан от 2 августа 2011 г. *Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан*. 2011. № 6. Ст. 606].

²¹ National Center for Legislation under the President of the Republic of Tajikistan. URL: <http://mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/codecs/> [Национальный центр законодательства при Президенте Республики Таджикистан. URL: <http://mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/codecs/>].

Akhbori Majlisi Oli of the Republic of Tajikistan, 2007, no. 2, art. 101 [Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. 2007. № 2. Ст. 101].

Akhbori Majlisi Oli of the Republic of Tajikistan, 2007, no. 2, art. 74 [Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. 2007. № 2. Ст. 74].

²² “Procedure for registering a cash register machine with fiscal memory in the state tax service at the place of business with the issuance of a registration card for a cash register machine with

entrepreneurs shall perform monetary transactions using cash registers (CR) with fiscal memory when selling goods, performing work, providing the population with services. Before the commencement of activities, an entrepreneur shall register CR in a tax authority and obtain a document of permitting nature – *registration card*. The entrepreneur receives it upon his application and acquires the right to sell goods (works, services) for cash payment for the population. Paragraph 13 of the mentioned governmental order consolidated a provision which states that if a tax authority doesn't notify an entrepreneur on a refusal of the provision of a *registration card* and doesn't provide it within a fixed timeframe (five working days), the entrepreneur has the right to sell goods (works, services) for cash payment with the population using CR but, at the same time, by notifying a tax authority in a written form. This is the only case of the use of administrative “silence” in tax relations, but it may be disseminated in other situations of the interaction of a taxpayer and tax authority. For example, according to Art. 49 of the Tax Code of the Republic of Uzbekistan, regulating the accounting of taxpaying and other obligatory payments, a taxpayer is entitled to *demand drawing up an act of reconciliation of fulfillment of tax obligation* on payment of taxes and other mandatory charges from state revenue authority. However, this provision has two gaps: first, there is no note about the term when tax authority shall sign an act of *fulfilment of tax obligation*; second, the issue of consequences of the omission of the tax authority is not resolved. Omission (silence) of tax authority also shall be considered as illegal as well as rejection note. Then, it is important to apply the rule of administrative silence in this article, in particular, to set a standard according to which omission (silence) of tax authority during five working days since the provision of tax authority with an act of reconciliation means its positive response (“tacit” decision that is a decision confirming the signing of reconciliation act by an authorized person).

Another situation that is not regulated by the legislation but subjected to the application of administrative “silence” in tax relations is the use of property tax exemptions by individuals. In accordance with Art. 275 of the Tax Code of the Republic of Uzbekistan, individuals can use most tax exemptions for the payment of this tax after an unassisted presentation of a document specified for a particular legal status. For example, women who have ten and more children afford the certificate for the confirmation of parental status to tax authority, which was issued by the self-government body; pensioners – a pensioner ID card; disabled persons of groups I and II – a medical note of disability evaluation board etc. Thus, state revenue authorities conduct the assessment of property tax for individuals relying on the data from relevant documents as well as on the data of an authority implementing an official registration of real estate title. However, upon

fiscal memory” (Appendix 1 to the Regulation on the procedure for the use of cash registers with fiscal memory when making cash settlements with the population). See: Cabinet of Ministers of the Republic of Uzbekistan (2011). Resolution of the Cabinet of Ministers of the Republic of Uzbekistan “On additional measures to further improve the use of cash registers with fiscal memory” dated November 17, 2011 № 306. *Legislation Bulletin of the Republic of Uzbekistan*, no. 47, art. 488 [О дополнительных мерах по дальнейшему совершенствованию применения контрольно-кассовых машин с фискальной памятью : Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан от 17 ноября 2011 г. № 306. *Собрание законодательства Республики Узбекистан*. 2011. № 47. Ст. 488].

delivery of exemption entitlement, a tax authority doesn't take any actions (a procedural decision). But to exclude mistakes in the final assessment of tax payment and to respect the right of an individual to relevant tax exemption in case of loss of submitted document by a tax authority, it is expedient to specify the duties of an appointed official and to establish a rule: if within five working days since the provision of a tax authority with a document on entitlement on tax exemption the tax authority hasn't notify an individual of the fact of document reception and its recording (administrative "silence") through procedural act, it is supposed that assessment of property tax was conducted taking into account the right of the taxpayer to property tax privilege.

In 2014, Uzbekistan's government took the first shot to introduce the scheme "administrative silence" on the system level, however that referred to the individual issue – the application of the responsibility to an entrepreneur. Thus, it was proposed *to establish the order whereby liability for the conduct of activities without a permit is not applied when an authorized agency didn't issue a document or didn't refuse its issuance during the period established by law for considering the application on the provision of business entities with a permit*²³. Despite some restrictive elements of this idea, it can be a basis for a gradual implementation of "administrative silence".

Previously, in 2012, the Law of the Republic of Uzbekistan "On Authorization Procedures in Entrepreneurial Activity" dated 20 December 2012 introduced a provision, which is equivalent to provisions of laws of Kazakhstan and Tajikistan regulating the licensing practice. Thus, part 3 of Art. 18 consolidated the provision that if an authorized body within a period of processing of the application on authorization document doesn't award a permit to a business entity or doesn't deny its issuance, then upon the expiry of the established period, the business entity is entitled to do an act and/or to undertake a particular activity for the implementation of which he has intended to take out a document of permissive nature. Besides, he shall notify an authorized body in a written form, except for cases when the time limits for the examination of business entity's application on the issuance of a permit by authorized body exceed 30 working days and other cases specified in the provisions on the order of licensing procedures²⁴.

In such cases, an authorized body, within five working days upon the receipt of written notification of business entity, shall award authorization document to him. Prior the receipt

²³ Paragraph 2, section I "Programs of additional measures to improve the investment climate and business environment, efficiency raising for the promotion of development of entrepreneurial activity for 2014–2015" (annex № 1). See: President of the Republic of Uzbekistan (2014). Presidential Decree of the Republic of Uzbekistan "On additional measures to further improve the investment climate and business environment in the Republic of Uzbekistan" dated April 7, 2014 № УП-4609. *Legislation Bulletin of the Republic of Uzbekistan*, no. 15, art. 163 [О дополнительных мерах по дальнейшему совершенствованию инвестиционного климата и деловой среды в Республике Узбекистан : Указ Президента Республики Узбекистан от 7 апреля 2014 г. № УП-4609. *Собрание законодательства Республики Узбекистан*. 2014. № 15. Ст. 163]

²⁴ Parliament of the Republic of Uzbekistan (2012). Law of the Republic of Uzbekistan "On licensing procedures in business activity" dated December 20, 2012. *Legislation Bulletin of the Republic of Uzbekistan*, no. 51, art. 575 [О разрешительных процедурах в сфере предпринимательской деятельности : Закон Республики Узбекистан от 20 декабря 2012 г. *Собрание законодательства Республики Узбекистан*. 2012. № 51. Ст. 575].

of document of authorization nature, the record of provided documents with a mark of date of their receipt and written notification, which are sent by the business entity to the authorized body, are equated with a document of authorization nature and basis for the conduct of an act and/or performance of such activity. An individual can't be brought to liability for the performance of activities without a document of authorization nature (the last proposal was introduced in the statutory wording dated August 20, 2015).

The legislator of Uzbekistan postulated not only a guarantee of the enjoyment of the right to petition but also, that is important to highlight, the guarantee of *examination of appeal* through marking measures on full, unbiased and well-timed actions of officials towards the safeguards for the rights and interests of the applicant (see Arts. 12 and 13 of the Law of the Republic of Uzbekistan "On appeal of individuals and legal entities"²⁵). The duty of a government body considered the individual's application includes not only immediate and written notification on the results of consideration but also a duty to control complying with the decision. This creates a basis for large-scale implementation of the instrument of administrative "silence", including in the LAP draft of the Republic of Uzbekistan.

4. Conclusions

Administrative "silence" is applied in the legislation of countries of Central Asia (legislation on authorization procedures in business area, tax legislation) without being named directly. The legislator can use it as a fictitious administrative act (fictitious favourable decision or tacit consent). In the legislation and law enforcement practice, there are no cases when administrative "silence" would use as a fictitious negative decision of an administrative body (implicit denial)²⁶. In all cases, a clause on the classification of administrative silence as a fictitious act of positive character should be fixed in the framework law on administrative procedures.

Administrative "silence" is a type of the administrative act, but in view of the legislative clause, gaining a status (equivalent) of a positive decision. In other words, administrative "silence" allows an applicant to commence his activities or to consider the matter to be solved if the permit would be issued. Responsibility for the consequences of such activity falls on the administrative body.

Application of the principle of administrative "silence" has impartial limits: *first*, it is essential to take into account the features of administrative regulation excluding some practices, e. g. licensing of individual types of activity where "silence" will not become an effective way for the accomplishment of the administrative procedure because of complicated nature of the administrative case and where the application of tacit consent can cause serious consequences for public interests; *second*, the use of "silence gives consent" of the administrative authority is expedient in the legal relations where

²⁵ Parliament of the Republic of Uzbekistan (2014). Law of the Republic of Uzbekistan "On appeal of individuals and legal entities" dated December 3, 2014. URL: <https://lex.uz/docs/2509998> [Об обращениях физических и юридических лиц : Закон Республики Узбекистан от 3 декабря 2014 г. URL: <https://lex.uz/docs/2509998>].

²⁶ Vedel, G. (1973). Administrative law of France. Moscow: Progress, pp. 144 [Ведель Ж. Административное право Франции / пер. с франц. Л.М. Энтина. Москва : Прогресс, 1973. 512 с.].

there is a very low degree of official discretion; *third*, it is necessary to bear in mind that in particular cases, administrative “silence” doesn’t allow accommodating the interests of third parties sufficiently that have to be mindful while accomplishing the administrative procedure.

It is worthwhile to classify the types of *omission* not only for the effectiveness of its challenging, assessment of liability of an official but also the position of the term in the system of such definitions as “a fictitious act” (administrative “silence”), “delay in the adoption of administrative act”²⁷. For example, along with: a) *omission*, as characteristics of activities of the authority (an official) without initiating of administrative proceedings (none proceeding is perfect, and the very administrative procedure hasn’t completed adequately), it takes place b) *omission* within the framework of initiated administrative proceedings but without the adoption of the relevant administrative act (i. e. however, it is possible that individual actions were conducted and procedural decisions were adopted, the very procedure wasn’t completed adequately). These two types of omission are certainly qualified as an illegal activity of administrative authority. But, there is the third type of *omission* which is interpreted as a grounded decision of administrative authority approved by the legislator. For example, this refers to the case when administrative authority has taken *a motivated decision about the dismissal of an application without prejudice* if the claim of that sort of application is beyond the scope of LAP. In this context, administrative procedure on such applications is not initiated. For example, the legislator of Kyrgyzstan considers such omission of the administrative authority or an official as legal one (in the context of this situation, *a motivated decision* is not an administrative act) within a framework of appealing.

In any other case, public authority must make more significant efforts for preventing gaps and improving organization of administrative practice. Omission is a symbol of incompetence, disrespect to individual’s dignity and violation of the constitutional principle of accountability and responsibility of state authorities and officials to the society and citizens. From this standpoint, the legislator and executive authority have one more legal opportunity to ensure the rights and interests of applicants, including by using an instrument of administrative “silence” (a fictitious act).

²⁷ See, for example, a conceptual assignment of Art. 43 of LAP of the Republic of Kazakhstan “Extension of term for administrative procedure”.

ФІКТИВНИЙ АДМІНІСТРАТИВНИЙ АКТ: ПЕРСПЕКТИВИ РЕГУЛЯЦІЇ У КРАЇНАХ ЦЕНТРАЛЬНОЇ АЗІЇ

Леонід Хван,

кандидат юридичних наук, доцент
(Ташкент, Узбекистан)

Країни Центральної Азії – Казахстан (двічі: у 2000 р., у 2015–2016 рр.), Киргизстан (двічі: у 2004 р., у 2015 р.), Таджикистан (у 2007 р.) та Узбекистан (двічі: у 2007 р., у 2015–2016 рр.) – намагаються адаптувати в національну правову систему закони про адміністративні процедури. Закони про адміністративні процедури – це інструмент західного світогляду, інститут європейського адміністративного права, частина європейського розуміння відкритого уряду й ефективного державного регулювання, підходи до якого наведені країни регіону почали розробляти відносно недавно. Замість формального калькування законів про адміністративні процедури більш важливо знайти відповіді про готовність країни прийняти такі закони в існуючих соціальних, політичних та економічних реаліях, у тому числі згідно з особливостями національного правопорядку. Зазначається наукова нерозробленість двох ключових положень законів про адміністративні процедури – принципів адміністративних процедур та адміністративного акта. Аналізується можливість імплементації одного з варіантів адміністративного акта, прийнятого в результаті фіктивного схвалення (Genehmigungsfiktion). Сьогодні в Центральній Азії діє її усічена модель – принцип «мовчання – знак згоди» у сфері дозвільних процедур підприємництва: «якщо державний орган не представить у встановлені строки мотивовану відмову або дозвільний документ, такий документ вважається виданим (тобто процедура вважається завершеною)». Проводиться порівняльно-правовий аналіз її застосування у країнах Центральної Азії.

Зроблено низку висновків:

- адміністративне «мовчання» може бути використане законодавцем як фіктивний адміністративний акт (мовчазна згода);
- адміністративне «мовчання» є різновидом адміністративного акта, проте лише за умови законодавчого застереження;
- вказані об'єктивні обмеження застосування адміністративного «мовчання»;
- класифіковано види бездіяльності для цілей ефективності його оскарження, з'ясування місця терміна в системі таких дефініцій, як адміністративне «мовчання», «затримка в ухваленні адміністративного акта».

Ключові слова: адміністративні процедури, адміністративний акт, адміністративне «мовчання», фіктивне схвалення, Центральна Азія.

DISCRETION OF INSTITUTIONS

The article considers discretion enjoyed by institutions. Discretion enjoyed by institutions implies that law grants a right to choose between various legal implications for the person who applies the law. Discretion is a legislative tool which helps achieve a high level of fairness in an individual case. Discretion of institutions provided by lawmakers enables an institution to consider the specific circumstances of a specific situation and reach a fairer result. However, even such “freedom” imposes an obligation on the institution to apply it in a responsible and correct manner. Discretion does not mean that the institution is granted absolute “freedom” or arbitrariness. The scope of control of discretion in a higher institution and a court differs. A higher institution independently carries out all feasibility assessments for a second time based on merit, ultimately reaching a similar or different result. The courts can verify the validity of the activities undertaken by the public administration: a) failure to use discretion; b) abuse of discretion; c) misuse of discretion. The courts do not have the right to take a decision on the most appropriate result since it leads to violation of the principle of separation of powers.

Key words: administrative proceedings, discretion of institution, discretionary powers, types of discretion of institution.



Janis Neimanis,
*Associate Professor
at the Faculty of Law
of the University of Latvia,
Judge of the Supreme
Court of Latvia*

1. Introduction

It is believed to be a rule that a sanction for a criminal act is determined by the criminal law in some frameworks providing an enforcer with an opportunity to individualize a criminal penalty. Whereas, according to civil law, parties to the contract are entities which create the own model of actions within law, for example, the determination of place, time and method of contract performance, including the number of funds to strengthen the obligations (e. g. the amount of the penalty).

Administrative law also should stipulate a method for the establishment of legal relations between an institution and an individual comparing the legal effects and circumstances of a single case, that is, the method of how the institution can act more elastically in executing orders of public administration. Thus, when issuing a law, the legislator usually evaluates whether it should provide an institution with the discretion of the definition of legal effects in the process of resolving some issues and what discretion limits should be. The legislator can deny granting discretion to the institution as well if it believes that some situations should be solved in the way prescribed by law. Such concerns may be based on the political stance of the legislator, the way of how public administration tasks should be carried out and what specific output the institution has to achieve.

Discretion of the institution granted by the legislator is a task for the very institution because to use discretion adequately, it is important: 1) to identify it; 2) to define its limits correctly; 3) to specify legal effects in a single case in the right manner.

2. Definition of discretion

Applying the right in the institution or the court, one should clarify whether the right grants the institution's discretion. For this reason, law executor should find out or interpret the content of a relevant legal rule. Namely, whether the legal rule uses a standard form of obligatory effects – the present tense verb in the indicative mood in the third person – as a rule, this is evidenced by the wording of the legal rule, e. g. it “supersedes”, “issues”, “concludes”. Thus, the discretion granted to the institution is identified if the text involves a permissible verb, e. g. “can issue”, “be entitled”, “can”, “be permissible” etc.

Law doesn't always use that sort of terminology which directly makes it clear whether the institution enjoys discretion. Consequently, the determination of discretion based on the legal

terminology may be erroneous because the conclusion on discretion is made relying on the scope of a legal rule, i. e. discretion is found out not only textually but also through the use of other arguments for law interpretation – history, system or goal.

For example, Article 20 of the Law on the Penitentiary Department includes two legal rules whose wordings differ contextually. The first part stipulates the discretion of the institution *directly within the text*:

(1) An official can be in office until the age of fifty. The term of office *may be extended* at the will of the official under authority of written consent of the direct superior and decision of a personnel review commission of the relevant institution:

1) for Head of the Department and his deputies, Chief of the institution and his deputies – upon a decision of the Minister of Justice;

2) for other junior and senior officers – upon a decision of Head of the Department;

3) for non-management employees – upon a decision of Chief of the institution.

The second part of the text *doesn't directly specify* whether the legislator has granted the institution discretion. For example, sub-item “j” of the provision of law marks as follows:

(2) Official relations are terminated:

1) if an official is relieved from office:

<...>

j) the official hasn't been exercising professional duties for more than four months (120 days) in a row due to the temporary disability.

The administrative court heard a dispute towards the application of sub-item “j” because the institution believed that this provision stipulates the issuance of obligatory decision (without discretion of the institution). The Supreme Court held that the institution was provided with discretion.

The court indicated that despite the use of a standard form of obligatory effects “official relations are terminated” in the legal provision, it is out of the case creating the effects – a decision on relief of the official. The verb “to relieve” is formulated in such a way that law executor can't make a direct pronouncement on the authority to issue obligatory administrative act. According to the results of a study of the external system of legal provisions and aim of the law, one can note the legislator independently assesses that temporary disability within three months is quite long for the statement of violation of stable and effective activity of public administration and concludes about the expediency. In each particular case, the legislator leaves the assessment of whether and when the long-time temporary incapacity for work of a certain official hinders a stable and efficient activity of the public administration to the discretion of the institution. When interpreting the law, one can reach different results – all of which meets the legal system – and the court favors the interpretation results which assist to the achievement of the most reasonable and fair outcome for every individual case. In deciding which result will be more efficient, the court takes into account the reality of public life, i.e. the Penitentiary Department has a lack of human recourses as well as the influence of employees' ageing on the fulfillment of the functions of public administration. It is also taken into consideration the fact that state regularly trains officials and invests public funds in their professional development. Consequently, the court considers the interpretation result

which allows the institution to decide independently on the individual need, effectiveness and commensuration due to the influence of long-term incapacity to work on the stable and efficient fulfillment of the official duties as the most expedient.

3. Separation of discretion from the freedom of assessment

The discretion granted to the institution is always stipulated in the context of the legal effects of the legal provision. The above permits separating it from the freedom of assessment, which is stipulated in the part of legal composition (preconditions) of the legal provision.

For example, the law establishes that an official may be transferred to another post due to the lack of the respective office holder or another vacant post, taking into account requirements for the relevant post, for work-related interests for a certain time to secure an effective exercise of professional duties.

“For work-related interests” provides the institution with the freedom of assessment that is the right to assess whether they exist and how best to achieve them. Indeed, “can be transferred for a certain time” gives the institution discretion.

Such a differentiation is necessary because the scope of control differs. Thus, the court can't be against the assessment of the institution while the use of discretion may be partially controlled by the court. The Supreme Court was due to reverse a judgment of the court of inferior jurisdiction in which it fundamentally verified whether “work-related interests” were defined correctly.

4. Types of discretion

Law has two types of discretion, which are differentiated between each other when there are the questions:

- 1) shall one take actions?
- 2) how to act?

The first case refers to the discretion of the institution towards deciding on the participation in the actual situation through its decision, and the second – the choice of legal effects. In the first case, it calls an administrative act of the choice of issuing and in the second – administrative act of content choice.

For example, the law establishes that an official can be employed until the age of fifteen. Taking into account the work-related need, physical and professional capacities, as well as the health condition of the officer, head of the institution, is empowered to extend the term of tenure of employment no more than until the age of sixty.

It follows that law gives discretion for making a choice:

- a) to take actions – “to extend the term of tenure of employment”;
- b) the way of actions – “to extend the term of tenure of employment no more than until the age of sixty”.

There may be also a situation in which the legislator empowers the institution to make a free choice, whether it is necessary to take actions and how to act, or empowers the institution to issue free administrative act.

5. The most common mistakes of the institutions when using discretion

Considering judicature of the Supreme Court in the framework of the issue concerned, one states that usually, institutions make mistakes when using discretion if:

- 1) they are not familiar with discretion described in the legal provision by the legislator, and they don't use it believing that provision needs issuing of an obligatory decision in

the specific case whose content is directly specified in the law. For example, the Law “On Taxes and Dues” fixes that “taxpayers, except individuals, declare all dealings for cash on a reciprocal basis during a month as provided by the Cabinet of Ministers (despite the fact whether the deal was in the context of one operation or several operations) and the amount of which exceeds 1000 lat. If the deals for cash, the amount of which exceeds 1000 lat, are not declared, one shall pay fine in the amount of 5 per cent of the total amount of the undeclared dealings. The State Revenue Service has imposed a fine in the amount prescribed by the law, but the general provision mentioned in the same law is not observed. The provision states that when assessing the essence and nature of the violation of a taxpayer, the frequency of violation, damage suffered, fidelity of taxpayer, tax administration is entitled to reduce a fine imposed in the result of the control measures (tax audit and revision) by 70% if the taxpayer challenges a decision of tax administration ;

2) in the framework of discretion, it is concluded inappropriately about a reasonable nature of the decision: necessity and applicability in the case of an unfavourable decision – need and correspondence. It refers to the cases when the institution uses the conclusions, which are inadequate for the facts of the case (outside the case context) or when it takes disproportionate actions. For example, the law establishes that an official can be fired due to the post retrenchment if the institution doesn’t have another post which could be proposed to the official. The institution has dissolved the post of spokesperson and officially proposed the official the post of custodial supervisor. The court declared that sort of discretion use disproportionate as it was not taken into account that the official is not qualified for the performance of such a work .

It should be pointed out that court is not entitled to make decisions about the most effective result as in such a way, the principle of division of powers is violated. For this very reason, the court gives up indicating the specific result .

Nevertheless, the court recognizes the fact that a private individual has the right to require the institution uses its discretion accurately. The court can verify the eligibility of action of the public administration when using discretion. Discretion of the public administration is not used legally if it is invalid. Consequently, the court should revise the possible mistakes in using discretion: non-use of discretion, abuse of discretion, misuse of discretion. Discretion of public administration is misused if its use contravenes the rules regulating a proper use of discretion – if a decision-maker doesn’t give a general assessment methodically correct and doesn’t adhere to the specific legal provisions, the principle of prohibition or the principle of procedural honesty.

For example, the court admits the institution has put discretion to good use within permitted limits and revoked the gun license of a private individual threatening to murder his wife. Evaluating expedience, including interests of public safety, there is a risk that private individual may maliciously use the weapon .

6. Reduction of discretion to the only option

As it was mentioned above, the discretion of the institutions indicates that legal provisions provide the institution with the freedom of action choice. In a separate case, the choice can be reduced to the only option, or as German literature defines – the reduction of discretion to zero. It is expressed in such a way that one-and-only decision is an error-free decision, and the choice of other choices is wrong.

For example, the court states that according to the legal provisions, a head of the municipal kindergarten is authorized to decide that a child is registered for entering the establishment out of turn. In practice, the head used the rights in such a way that if a sibling already visits the kindergarten, it is accepted his/her sibling. In the specific case, the head of the kindergarten refused to accept the child out of turn. The court marked, based on the principle of legal equality, this principle should be applied to all children, and discretion is reduced to zero in this case until the institution doesn't change its practice generally.

7. Conclusions

Latvian Administrative Procedural Law has been applying in the modern sense since 2004. During that period, an administrative court completely joined dogmatics of German law in terms of administrative procedural law, including the discretion of institutions. Over 10 years, the national judicature also formed.

Discretion of the institutions granted by the legislator permits the institution to take into account the circumstances of an individual situation and come to the most reasonable result. Nevertheless, even such "freedom" binds the institution to use it responsibly and error-free. Discretion doesn't mean the institution has an absolute "freedom" or abuse of discretion.

Typically, the institution doesn't consider the fact that it is provided with discretion through legal provisions, or it misuses discretion by making an inadequate conclusion or ignoring the balance when defining the legal effects.

СВОБОДА ДІЙ УСТАНОВИ

Яніс Нейманіс,

доцент юридичного факультету
Латвійського університету,
суддя Верховного суду Латвії

У статті розглядається свобода дій установи. Свобода дій установи означає, що закон надає особі, яка його застосовує, право вибору різних правових наслідків. Свобода дій є законодавчим засобом, завдяки застосуванню якого досягається більш високий рівень справедливості в індивідуальному випадку. Свобода дій установи, яка надається законодавцем, дає можливість установі враховувати обставини індивідуальної ситуації та досягати найбільш справедливого результату. Проте навіть така «свобода» накладає на установу обов'язок відповідально й безпомилково її використовувати. Свобода дій не має на увазі, що установі надано абсолютну свободу чи свавілля. Обсяг контролю свободи дій у вищому закладі та в суді є різним. Вища установа самостійно виконує всі оцінки доцільності по суті повторно, у підсумку досягаючи аналогічного або іншого результату. Суд може перевірити правомірність діяльності державного управління, зокрема: а) невикористання свободи дій; б) перевищення свободи дій; в) неправильне використання свободи дій. Суд не має права приймати рішення про найбільш доцільний результат, адже таким чином буде порушений принцип поділу влади.

Ключові слова: адміністративний процес, свобода дій установи, дискреційні повноваження, види свободи дій установи.

MIGRATIONSSTEUERUNG IM RAHMEN DES FAMILIENNACHZUGS

Zu den Aufenthaltswirken des Aufenthaltsgesetzes gehört auch der Familiennachzug. Die Erteilung des Aufenthaltstitels ist grundsätzlich als Anspruch ausgestaltet und bei Vorliegen der Voraussetzungen zu erteilen. Im Zuge der fortdauernden Fluchtmigration ist der Familiennachzug in den Fokus der Debatten über Möglichkeiten der Begrenzung der Fluchtmigration geraten. Da sich aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG über den Schutz von Ehe und Familie zwar kein Anspruch auf Einreise ergibt, wohl dessen Schutzgehalt bei der Ausgestaltung von Vorschriften zum Familiennachzug zu berücksichtigen ist, sind die gesetzgeberischen Handlungsspielräume beschränkt. Der deutsche Gesetzgeber hat beschlossen, dass der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten beschränkt werden soll. Bei dem subsidiären Schutz handelt es sich um einen unionsrechtlich geprägten Schutztatbestand, der neben das nationale Asylrecht und den ebenfalls unionsrechtlich geprägten Flüchtlingsschutz tritt. Für all diese Schutztatbestände gelten jeweils unterschiedliche Voraussetzungen. Bei Anerkennung wird jeweils ein humanitärer Aufenthaltstitel erteilt, der sich je nach Schutzstatus von der Dauer her unterscheidet. Während im Falle der Anerkennung als Asylberechtigter oder der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft der Aufenthaltstitel zunächst für die Dauer eines Jahres erteilt wird, beträgt die Dauer im Falle des subsidiären Schutzes lediglich ein Jahr. In allen Fällen besteht die Möglichkeit der Verlängerung. Diese unterschiedliche Aufenthaltsdauer und die geringere Bleibeperspektive sind Anknüpfungspunkt der Beschränkung des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte in § 36a AufenthG. Familienangehörigen eines subsidiär Schutzberechtigten kann aus in der Vorschrift beispielhaft konkretisierten humanitären Gründen ein Aufenthaltstitel erteilt werden. Der Familiennachzug wird aus nun vom Vorliegen weiteren Voraussetzungen neben der familiären Bindung abhängig gemacht und ist zudem nicht als Anspruch, sondern als Ermessenvorschrift ausgestaltet. Zudem ist die Zahl der Visa auf 1000 monatlich begrenzt. Gegen diese Beschränkung des Familiennachzugs wurden aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie auf den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gestützte Bedenken erhoben. Hiervon ausgehend nimmt der nachfolgende Beitrag eine verfassungsrechtliche Analyse vor.

Stichwörter: Migrationssteuerung, Fluchtmigration, Schutzes lediglich.



Dr. Sina Fontana, (MLE)
 Institut für Öffentliches
 Recht
 Georg-August-Universität
 Göttingen
 sina-vanessa.fontana@jura.uni-
 goettingen.de

1. Familiennachzug als migrationsrechtliches Steuerungsinstrument

Der Familiennachzug mit seinen verschiedenen Dimensionen ist immer wieder Gegenstand rechtlicher und rechtspolitischer Debatten. Als einer der wesentlichen Zuwanderungsgründe erlangt er erhebliche tatsächliche Bedeutung und ist auch deshalb ein wichtiges Instrument zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung¹, die als Zielsetzung in § 1 Abs. 1 AufenthG normiert sind und auch die Migrationsgesetzgebung maßgeblich prägen. Inwieweit die Regelungen über den Familiennachzug tatsächlich Steuerungswirkung entfalten und zur Begrenzung der Zuwanderung beitragen können, hängt ganz wesentlich von den Vorgaben ab, die sich aus verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Bestimmungen ergeben.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sind Fragen des migrationsrechtlichen Familiennachzugs vor allem an Art. 6 Abs. 1 und 2 GG über den Schutz von Ehe und Familie zu messen. Daneben erlangt der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG an Bedeutung. Angesichts der weitreichenden unionsrechtlichen Überlagerung des Migrationsrechts und den völkerrechtlichen Bindungen muss darüber hinaus stets auch eine internationale Perspektive eingenommen werden, wenn nach migrationsrechtlichen Steuerungsmöglichkeiten gefragt wird. Hier ist zunächst zu konstatieren, dass das Migrationsrecht maßgeblich durch das Unionsrecht geprägt ist. So erfolgte gestützt auf die Kompetenz der EU zur Entwicklung einer gemeinsamen Asylpolitik aus Art. 78 Abs. 1 AEUV unter anderem eine Harmonisierung der humanitären Schutzzatbestände im Wege der Qualifikationsrichtlinie², womit insoweit der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers beschränkt ist. Auch Fragen des Familiennachzugs sind Gegenstand unionsrechtlicher Regelungen, insbesondere

¹Thym, D. (2016). The effects of the Asylum Package II. *New magazine for administrative law*, no. 7, pp. 413 [Thym D. Die Auswirkungen des Asylpakets II. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2016. № 7. S. 409–416].

²Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), Abl. L 337 S. 9.

der Familienzusammenführungsrichtlinie³. Diese nimmt allerdings subsidiäre Schutzformen von ihrem Anwendungsbereich aus (Art. 3 Abs. 2 lit. c) und eröffnet so Handlungsspielräume, welche im weiteren Verlauf der Betrachtung noch näher konkretisiert werden. Zudem sind auf völkerrechtlicher Ebene die menschenrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik zu beachten.

Durch diese verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Vorgaben wurden auch die jüngsten Gesetzgebungsprozesse maßgeblich geprägt. Ausgehend von den zahlreichen politischen Forderungen zeugten sie von einem Bemühen, die verbleibenden Gestaltungsspielräume auszumachen. Da das Asylrecht aus Art. 16a GG und die überwiegend unionsrechtlich determinierten Schutztatbestände als solche nicht angetastet werden sollten, gerieten vor allem der Familiennachzug und Möglichkeiten seiner Begrenzung in den Fokus. Steuerungspotential wurde hinsichtlich des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten ausgemacht, da gerade hier die unionsrechtlichen Vorgaben weniger eng sind. Der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten war deshalb in jüngster Zeit mehrfach Gegenstand von Gesetzesänderungen. Nachdem zuerst befristete Übergangsvorschriften ergingen, ist er nun in § 36a AufenthG detailliert geregelt. Die politisch immer wieder geforderte Obergrenze nahm schon mit der verlängerten Übergangsregelung in diesem Kontext erstmals in das Aufenthaltsgesetz Einzug. Auch aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken wird nach wie vor kontrovers über Fragen des migrationsrechtlichen Familiennachzugs diskutiert, insbesondere darüber, ob sich der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums bewegt. Die Wirkkraft dieser Debatten beschränkt sich nicht allein auf den Familiennachzug, weil die Regelungen über ihren unmittelbaren Regelungsgehalt auch Sinnbild für den Umgang des Gesetzgebers mit der fortgesetzten Fluchtmigration als solcher sind⁴. In diesem Kontext soll der migrationsrechtliche Familiennachzug nachfolgend auch unter dem Steuerungsaspekt beleuchtet werden.

2. Rechtliche Grundlagen des Familiennachzugs

Familiennachzug meint den Zuzug von Familienangehörigen zu einer Person, die sich bereits im Zielland aufhält oder gemeinsam mit den Familienangehörigen zuziehen will. Der Aufenthaltswitz, mit dem jeder Aufenthaltstitel verknüpft ist, liegt in der Herstellung oder Wahrung der Familieneinheit.

2.1. Allgemeine Voraussetzungen

Allgemeine Voraussetzungen trifft zunächst § 27 AufenthG als Generalklausel für den Familiennachzug. Demnach wird auch zum Schutz von Art. 6 GG die Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet für ausländische Familienangehörige erteilt (§ 27 Abs. 1 AufenthG). Wie bereits die Bezugnahme in § 27 Abs. 1 AufenthG verdeutlicht, wird der Familiennachzug ganz

³ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, Abl. L 251 S. 12.

⁴ Thym, D. (2018). Management of migration in harmony with human rights: comments on contemporary migration policy discourses. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 5-6, pp. 196 f [Thym D. Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten – Anmerkungen zu den migrationspolitischen Diskursen der Gegenwart. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 5-6. S. 193–210].

wesentlich durch Art. 6 Abs. 1 und 2 GG geprägt. Voraussetzung für die Entfaltung der Schutzwirkung und damit für die Erteilung des Aufenthaltstitels ist zunächst, dass die Ehe oder familiäre Lebensgemeinschaft vom Schutzgehalt erfasst ist⁵ und weiterhin, dass tatsächlich ein Wille zum familiären Zusammenleben im Bundesgebiet besteht⁶. Neben den besonderen Voraussetzungen für den Familiennachzug gelten, sofern nicht ausdrücklich ausgenommen, immer auch die für alle Aufenthaltstitel maßgeblichen allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen aus § 5 AufenthG.

In Übereinstimmung mit dem von Art. 6 GG geschützten Personenkreis ist zunächst die Kernfamilie nachzugsberechtigt, also Ehegatten, minderjährige ledige Kinder sowie Eltern eines ledigen minderjährigen Kindes⁷. Neue Fragestellungen können sich daraus ergeben, dass auch das Aufenthaltsrecht zunehmend mit Familienkonstellationen konfrontiert wird, die im deutschen Rechtssystem nicht vorgesehen sind. Beispielfhaft zu nennen sei in diesem Zusammenhang die Mehrehe. Art. 6 Abs. 1 GG liegt grundsätzlich die Vorstellung der Einehe zugrunde⁸ und auch § 30 Abs. 4 AufenthG sieht vor, dass bei Vorliegen einer Mehrehe und einem Zusammenleben im Bundesgebiet einem weiteren Ehegatten keine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Ehegattennachzugs erteilt wird. Damit wird zwar ein Anspruch auf Titelerteilung aus § 30 AufenthG ausgeschlossen. Allerdings verbleibt die Möglichkeit, einem zweiten Ehegatten als sonstigem Familienangehörigen eine Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des als Ermessenvorschrift ausgestalteten § 36 Abs. 2 AufenthG zu erteilen, wenn dies zur Vermeidung einer besonderen Härte geboten erscheint⁹. Ganz in diesem Sinne wurde in jüngerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰ und des Bundesverwaltungsgerichts offen gelassen, ob die Mehrehe „in jeder Hinsicht außerhalb des Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 1 GG steht oder nicht“¹¹. Jedenfalls kann Art. 6 GG aber über den Schutz der Familie auch für den zweiten Ehegatten Wirkung entfalten¹², womit sich der

⁵ Hailbronner, K. (2017). *Asylum and aliens law*. 4th ed. Stuttgart, Rn. 647 [Hailbronner K. Asyl- und Ausländerrecht. 4. Aufl. Stuttgart, 2017. 587 S.].

⁶ Bergmann, J., Dienelt, K. (eds.) (2018). *Immigration law*. 12th ed. Munich: C.H. Beck, § 27 AufenthG Rn. 46 [Ausländerrecht / J. Bergmann, K. Dienelt (Hrsg.). 12. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2976 S.].

⁷ Hailbronner, K. (2017). *Asylum and aliens law*. 4th ed. Stuttgart, Rn. 647 [Hailbronner K. Asyl- und Ausländerrecht. 4. Aufl. Stuttgart, 2017. 587 S.].

⁸ BVerfGE 31, 58 (69); 29, 166 (176); 62, 323 (330).

Robbers, G. (1995). *Foreigners in constitutional law*. Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. *Handbook of constitutional law*. Vol. 1. 2nd ed. Berlin, § 11 Rn. 57 [Robbers G. *Ausländer im Verfassungsrecht*. Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. *Handbuch des Verfassungsrechts*. Bd. 1. 2. Auflage. Berlin, 1995. § 11 Rn. 57].

Sachs, M. (2018). *Basic law: GG*. 8th ed. Munich: C.H. Beck, Art. 6 Rn. 7 [Sachs M. *Grundgesetz: GG*. 8. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2820 S.].

⁹ Kluth, W., Heusch, A. (2018). *BeckOK Immigration law*. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 30 Rn. 38 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 30 Rn. 38].

¹⁰ BVerfGE 76, 1 (41 f.).

¹¹ BVerwGE 71, 228 (231).

¹² BVerwGE 71, 228 (231).

Robbers, G. (1995). *Foreigners in constitutional law*. Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. *Handbook of constitutional law*. Vol. 1. 2nd ed. Berlin, § 11 Rn. 57 [Robbers G. *Ausländer im*

migrationsrechtliche Familiennachzug für die Rechtssysteme von Zuwanderern öffnet. Ausdrücklich durch § 27 Abs. 1a № 2 AufenthG ausgenommen sind hingegen Zwangsehen, die auch nicht vom Schutz des Art. 6 GG erfasst sind¹³. Gleiches gilt gemäß § 29 Abs. 1a № 1 AufenthG für Scheinehen, die tatsächlich nicht auf Herstellung oder Wahrung der Familieneinheit ausgerichtet und damit nicht schützenswert sind¹⁴.

Ausgeschlossen ist der Familiennachzug, wenn die Voraussetzungen des § 27 Abs. 3a AufenthG vorliegen. Dieser Ausschlussstatbestand wurde im Zuge des Gesetzes zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten¹⁵ eingefügt, vor allem um den Nachzug sog. Gefährder sowie Hassprediger und Leiter verbotener Vereine auszuschließen¹⁶. Durch die systematische Einordnung in § 27 AufenthG als Generalklausel bezieht dieser sich auf sämtliche Vorschriften zum Familiennachzug, schließt also bei Vorliegen der Voraussetzungen den Familiennachzug vollständig aus. Mithin wurde das Gesetz zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten auch genutzt, um Fragen der inneren Sicherheit noch stärker in die Regelungen zum Familiennachzug einfließen zu lassen. Wenngleich in der Gesetzesbegründung ausdrücklich benannt¹⁷, wurde der unscharfe Begriff des Gefährders nicht in den Gesetzestext aufgenommen. Vielmehr wird er in § 27 Abs. 3a № 1 AufenthG in Anlehnung an die in § 54 Abs. 1 № 2 bis 5 AufenthG normierten Ausweisungsgründe umschrieben.

2.2. Systematisierende Betrachtung

Systematisch wird im Aufenthaltsgesetz zwischen Familiennachzug zu Deutschen (§ 28 AufenthG) und zu Ausländern unterschieden (§ 29 ff. AufenthG). Diese ist auch verfassungsrechtlich bedingt. Denn Deutsche haben ein umfassendes Recht auf Zugang und Verbleib im Bundesgebiet, an dem auch die ausländischen Familienangehörigen über Art. 6 Abs. 1 und 2 GG mittelbar teilhaben¹⁸. Ihr Wunsch, die familiäre Gemeinschaft in der Bundesrepublik führen müssen, ist verfassungsrechtlich geschützt¹⁹. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründet

Verfassungsrecht. Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. *Handbuch des Verfassungsrechts*. Bd. 1. 2. Auflage. Berlin, 1995. § 11 Rn. 57].

¹³ Sachs, M. (2018). Basic law: GG. 8th ed. Munich: C.H. Beck, Art. 6 Rn. 8 [Sachs M. Grundgesetz: GG. 8. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2820 S.].

Göbel-Zimmermann, R., Born, M. (2007). Forced marriage: integrative overall concept for the protection of those affected. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, no. 27, pp. 55 [Göbel-Zimmermann R., Born M. Zwangsverheiratung – Integratives Gesamtkonzept zum Schutz Betroffener. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2007. № 27. S. 54–60].

¹⁴ Vgl. BVerfG, NVwZ-Beil. 2003, 73 (73).

Bergmann, J., Dienelt, K. (eds.) (2018). Immigration law. 12th ed. Munich: C.H. Beck, § 27 Rn. 39 [Ausländerrecht / J. Bergmann, K. Dienelt (Hrsg.). 12. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2976 S.].

¹⁵ Gesetz zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten Familiennachzugsneuregelungsgesetz vom 12.07.2018, BGBl. I, S. 1147.

¹⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 20.

¹⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 20.

¹⁸ Bergmann, J., Dienelt, K. (eds.) (2018). Immigration law. 12th ed. Munich: C.H. Beck, § 28 Rn. 3 [Ausländerrecht / J. Bergmann, K. Dienelt (Hrsg.). 12. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. 2976 S.].

¹⁹ BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift*. 1980, 514 (515).

Art. 6 Abs. 1 und 2 GG für Ehegatten oder Familienangehörige keinen Anspruch auf Nachzug zu ihren berechtigterweise in Deutschland lebenden ausländischen Ehegatten oder Familienangehörigen²⁰. Vielmehr überlasse das Grundgesetz es der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt, Zahl und Voraussetzungen für den Zugang Fremder zum Bundesgebiet festzulegen, wobei es weder eine großzügige Zulassung von Fremden ausschließe noch eine solche Praxis gebiete²¹. Gleiches gilt für den ebenfalls relevanten Art. 8 EMRK. Auch der EGMR verneint einen Anspruch auf Familiennachzug und räumt dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum ein²².

Wenngleich sich aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie Art. 8 EMRK kein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ergeben kann, sind die Vorgaben bei der Entscheidung über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu berücksichtigen²³. Daraus ergibt sich das Erfordernis einer Abwägung zwischen dem individuellen Nachzugsinteresse einerseits und dem staatlichen Steuerungsinteresse andererseits²⁴. Die individuellen Belange erlangen umso mehr an Bedeutung, wenn die Lebensgemeinschaft etwa aus humanitären Gründen weder in einem Heimatstaat noch in einem Drittstaat gelebt werden kann. Wie sich aus den Anerkennungsvoraussetzungen ergibt, ist dies bei Asylberechtigten, anerkannten Flüchtlingen und subsidiäre Schutzberechtigten der Fall²⁵.

Zum besseren Verständnis auch der nachfolgenden Ausführungen sind die Anerkennungsvoraussetzungen für die verschiedenen Schutztatbestände an dieser Stelle kurz in den Blick zu nehmen. Im nationalen Recht schützt das Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG den Einzelnen vor politischer Verfolgung. In Anlehnung an den Flüchtlingsbegriff aus Art. 1 A № 2 der völkerrechtlichen Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)²⁶ kann sich derjenige auf das Asylgrundrecht berufen, der wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Überzeugung Verfolgungsmaßnahmen mit Gefahr für Leib oder Leben oder Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit ausgesetzt ist²⁷. Allerdings hat das Asylgrundrecht in Abs. 2 erhebliche Einschränkungen erfahren und wird zudem überwiegend unionsrechtlich

²⁰ BVerfGE Band 76, 1 Ls. 1.

²¹ BVerfGE 76, 1 (47); 111, 160 (174 f.); 111, 176 (185); 132, 72 (83 f.).

²² EGMR, Urteil vom 03.10.2014 – 12738/10 Rn. 100 (Jeunesse gegen Niederlande).

Nußberger, A. (2013). Protection of human rights in immigration law. *New magazine for administrative law*, issue 20, pp. 1310 [Nußberger A. Menschenrechtsschutz im Ausländerrecht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2013. Heft 20. S. 1305–1311].

²³ BVerfGE 76, 1 (49 f.).

Hailbronner, K. (2017). *Asylum and aliens law*. 4th ed. Stuttgart, Rn. 648 [Hailbronner K. *Asyl- und Ausländerrecht*. 4. Aufl. Stuttgart, 2017. 587 S.].

²⁴ Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1341 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

²⁵ Vgl. § 2, § 3 und § 4 AsylG.

²⁶ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.07.1951 (GFK), BGBl. II 1953, S. 559.

²⁷ BVerfGE 54, 341 (358 f.) 75, 143 (157).

überlagert²⁸. Nach der unionsrechtlichen Qualifikationsrichtlinie, umgesetzt in § 3 AsylG, wird politisch Verfolgten die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt. Die Zuerkennung des Status als subsidiär Schutzberechtigter erfolgt unter anderem dann, wenn keine individuelle Verfolgung vorliegt, sondern jemand im Rahmen eines Krieges oder Bürgerkrieges von einer ernsthaften individuellen Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit betroffen ist (§ 4 Abs. 1 № 3 AsylG). Hinzu treten die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe oder Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung (§ 4 Abs. 1 № 1 und 2 AsylG) als individuelle Verfolgungsgründe. Zurück geht der subsidiäre Schutz auf Art. 15 und 17 der Qualifikationsrichtlinie, der mit § 4 AsylG in das nationale Recht umgesetzt wurde. Stets wird ein Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erteilt (§ 25 Abs. 1 und 2 AufenthG), für Asylberechtigte und Flüchtlinge für eine Dauer von drei Jahren (§ 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG), für subsidiär Schutzberechtigte für zunächst lediglich ein Jahr mit der Möglichkeit einer Verlängerung für zwei weitere Jahre (§ 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG). Auch hinsichtlich der Erlangung einer Niederlassungserlaubnis sind nur Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge privilegiert (§ 26 Abs. 3 AufenthG).

Subsidiär Schutzberechtigte sind also zwar anders als Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge nicht notwendig individuell politisch verfolgt, aber aufgrund einer ernsthaften Bedrohung ihres Lebens oder ihrer körperlichen Unversehrtheit dennoch schutzbedürftig. Auch sie erhalten einen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen, der sich lediglich hinsichtlich der Dauer von den anderen Schutztatbeständen unterscheidet. Hiervon ausgehend sieht § 29 Abs. 2 AufenthG für Asylberechtigte, anerkannte Flüchtlinge und auch für subsidiär Schutzberechtigte gleichermaßen die erleichterte Möglichkeit eines Familiennachzugs vor. Zunächst waren von der Privilegierung nur Asylberechtigte und auch zur Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie anerkannte Flüchtlinge erfasst. Erst mit Gesetz vom Juli 2015²⁹ wurden subsidiär Schutzberechtigte diesen gleichgestellt mit der Begründung, dass auch in diesem Fall die Herstellung der Familieneinheit im Herkunftsstaat nicht möglich sei³⁰. Deshalb ist es besonders bemerkenswert, dass der Familiennachzug bereits kurz darauf erhebliche Einschränkungen erfahren hat.

3. Neuerungen im migrationsrechtlichen Familiennachzug

Seit der fortgesetzten Fluchtmigration ist die Migrationsgesetzgebung immer mehr von der Maßgabe geprägt, dass Migration entsprechend der Zielsetzung in

²⁸ Dreier, H. (ed.) (2013). Basic Law Comment: GG. Volume I: Preamble, Articles 1–19. 3rd ed. Tübingen, Art. 16 a Rn. 3 [Grundgesetz Kommentar: GG. Band I: Präambel, Artikel 1–19 / H. Dreier (Hrsg.). 3. Aufl. Tübingen, 2013. 1937 S.].

Dörig, H., Langenfeld, C. (2016). Full harmonization of refugee law in Europe: mass influx requires EU responsibility for asylum procedures. *New legal weekly*, no. 1, pp. 2 [Dörig H., Langenfeld C. Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts in Europa – Massenzustrom erfordert EU-Zuständigkeit für Asylverfahren. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2016. № 1. S. 1–8].

Thym, D. (2015). Faster and stricter asylum procedures: the future of the right to asylum under the Acceleration Act. *New magazine for administrative law*, issue 34, pp. 1628 [Thym D. Schnellere und strengere Asylverfahren: Die Zukunft des Asylrechts nach dem Beschleunigungsgesetz. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2015. Heft 34. S. 1625–1633].

²⁹ Gesetz zur Neubestimmung zur Neubestimmung des Bleiberechts und zur Aufenthaltsbeendigung vom 27.07.2015, BGBl. I, S. 1386.

³⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4097, 46.

§ 1 Abs. 1 S. 1 AufenthG gesteuert und begrenzt werden soll. Gleichzeitig besteht das Bekenntnis zu den humanitären Verpflichtungen uneingeschränkt fort³¹, sodass das Asylrecht sowie die weiteren, ohnehin unionsrechtlich determinierten Schutztatbestände unangetastet bleiben sollen. Der Familiennachzug stellte sich dabei als eine Möglichkeit heraus, Beschränkungen vorzunehmen, die sich – so jedenfalls die nicht unumstrittene Auffassung des Gesetzgebers – in Einklang mit den verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben sowie den internationalen Verpflichtungen bewegen.

3.1. Unionsrechtliche Direktiven

Da auf unionsrechtlicher Ebene die Familienzusammenführungsrichtlinie für Asylberechtigte und Flüchtlinge klare Vorgaben für die Familienzusammenführung macht und damit den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers beschränkt, wurden die subsidiär Schutzberechtigten in den Blick genommen. Hinsichtlich dieser war lange Zeit umstritten, ob die Familienzusammenführungsrichtlinie Vorgaben für den Familiennachzug aufstellt. Nach Art. 3 Abs. 1 der Familiennachzugsrichtlinie besteht das Recht auf Familienzusammenführung, wenn der Zusammenführende in Besitz eines Aufenthaltstitels von mindestens einem Jahr Gültigkeit ist. Das trifft nach der durch die Qualifikationsrichtlinie geprägten deutschen Rechtslage auch auf subsidiär Schutzberechtigte zu, da die gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 AufenthG einen Aufenthaltstitel für ein Jahr mit der Möglichkeit der Verlängerung erhalten. In Art. 3 Abs. 2 lit c der Richtlinie heißt es aber weiter, dass diese keine Anwendung findet, wenn dem Zusammenführenden der Aufenthalt aufgrund subsidiärer Schutzformen gemäß internationalen Verpflichtungen, einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Praktiken der Mitgliedstaaten genehmigt wurde. Damit wird zwar subsidiärer Schutz ausdrücklich erwähnt und vom Anwendungsbereich ausgenommen. Allerdings erwähnt die Richtlinie lediglich internationalen und nationalen subsidiären Schutz, nicht aber den unionsrechtlichen. Aus der Nichterwähnung wurde zum Teil geschlossen, dass der unionsrechtliche Schutz nicht unter Art. 3 Abs. 2 lit c fallen und ebenfalls ein Recht zum Familiennachzug begründen soll³².

Der Gesetzgeber ging hingegen von Handlungsspielräumen aus. Hierfür spricht neben dem Wortlaut³³, dass die fehlende Erwähnung des unionsrechtlichen

³¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 104; Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 2.

³² Bartolucci, B., Pelzer, M. (2018). Continued limitation of family reunification to those entitled to subsidiary protection in the light of higher-ranking law. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 4, pp. 135 [Bartolucci B., Pelzer M. Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 4. S. 133–140].

Hruschka, C. (2018). No “aging out”: the right to reverse family reunification after the new decision of the ECJ. *New magazine for administrative law*, no. 18, pp. 1453 [Hruschka C. Kein „aging out“ – Das Recht auf umgekehrten Familiennachzug nach der neuen Entscheidung des EuGH. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. № 18. S. 1451–1453].

³³ Berlit, U.-D. (2018). Migration and its consequences – how can law control immigration and integration in society, labor market and social order? (Part 1). *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 9-10, pp. 238 [Berlit U.-D. Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? (Teil 1). *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 9-10. S. 229–240].

subsidiären Schutzes darauf zurück zu führen ist, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Familienzusammenführungsrichtlinie im Jahr 2003 noch kein unionsrechtlicher subsidiärer Schutz bestand, sondern erst mit der Qualifikationsrichtlinie aus dem Jahr 2004 anerkannt wurde, sodass der Unionsgesetzgeber diesen gar nicht aufnehmen konnte. In diesem Sinne hat nun der EuGH ausdrücklich entschieden, dass auch der unionsrechtliche subsidiäre Schutz unter Art. 3 Abs. 2 lit c der Familienzusammenführungsrichtlinie fällt und daher von ihrem Anwendungsbereich nicht erfasst ist³⁴. Da auch die weiteren Rechtsakte keine Vorgaben machen, ergeben sich aus unionsrechtlicher Perspektive hinsichtlich des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten also tatsächlich Gestaltungsmöglichkeiten zur Entfaltung der migrationsrechtlichen Steuerungswirkung³⁵.

3.2. Dynamisierung des Gesetzgebungsprozesses

Von den aufgezeigten Handlungsmöglichkeiten hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht und den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten besonders geregelt. Für alle anderen Schutztatbestände blieben die gesetzlichen Regelungen zum Familiennachzug hingegen unberührt. Der Gesetzgebungsprozess ist wie auch die anderen zur Bewältigung der fortgesetzten Fluchtmigration ergangenen gesetzgeberischen Maßnahmen durch eine enorme Dynamik geprägt. Wie bereits angesprochen war erst im Jahr 2015 durch eine Änderung des § 25 Abs. 2 AufenthG eine Gleichstellung von subsidiär Schutzberechtigten mit Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen hinsichtlich des Familiennachzugs erfolgt, begründet mit der gleichen Schutzbedürftigkeit. Bereits im März 2016 wurde sodann im Zuge des Asylpaktes 2³⁶ die Aussetzung des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte beschlossen. Die Aussetzung wurde ursprünglich als Übergangsvorschrift in § 104 Abs. 13 AufenthG geschaffen und war bis zum 16.03.2018 befristet. Nach Ablauf der Frist sollte die allgemeine Regelung – Gleichsetzung von subsidiär Schutzberechtigten, Flüchtlingen und Asylberechtigten – wieder aufleben. Diese Regelung war hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit umstritten, wurde aber im Ergebnis angesichts der kurzen Geltungsdauer überwiegend als verfassungskonform angesehen³⁷.

Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1343 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

³⁴ EuGH, Urteil vom 17.11.2018, ECLI:EU:C:2018:877, Rn. 33.

³⁵ Berlitz, U.-D. (2018). Migration and its consequences – how can law control immigration and integration in society, labor market and social order? (Part 1). *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 9-10, pp. 238 [Berlitz U.-D. Migration und ihre Folgen – Wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern? (Teil 1). *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 9-10. S. 229–240].

Thym, D. (2016). The effects of the Asylum Package II. *New magazine for administrative law*, no. 7, pp. 413 [Thym D. Die Auswirkungen des Asylpakets II. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2016. № 7. S. 409–416].

³⁶ Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren vom 11. März 2016, BGBl. I, S. 390.

³⁷ Kluth, W. (2016). The Asylum Package II – legislation in the area of conflict between political promises and legal-administrative reality. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 33, pp. 127 [Kluth W. Das Asylpaket II – eine Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen

Wie im Koalitionsvertrag vorgesehen³⁸, wurde die Frist dann aber durch Gesetz von März 2018³⁹ bis zum 31.07.2018 verlängert und zugleich aufgenommen, dass Kontingente in Höhe von 1000 je Monat für die Gewährung des Familiennachzugs vorgesehen werden. Für die Einzelheiten wurde auf ein noch zu schaffendes Bundesgesetz verwiesen. Dieses erging am 12. Juli 2018 als Familiennachzugsneuregelungsgesetz und bewirkte die Einführung einer nicht mehr befristeten Spezialregelung in § 36a AufenthG. In Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal „humanitäre Gründe“ normiert § 36a AufenthG nun detaillierte Voraussetzungen für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. Die in der Übergangsregelung festgesetzten Kontingente von 1000 Visa je Monat bestehen fort, womit die politisch immer wieder diskutierte Obergrenze nun langfristig in das Migrationsrecht Einzug gefunden hat.

3.3. Neuregelung des § 36a AufenthG

Die Neureglung in § 36a AufenthG ist ihrer Zielsetzung nach darauf ausgelegt, die verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter von Ehe und Familie auf der einen Seite und die Integrations- und Aufnahmefähigkeit des Staates und der Gesellschaft und das daraus folgende legitime Interesse an einem gesteuerten und geordneten Zuzug von Ausländern auf der anderen Seite zu berücksichtigen⁴⁰. Der Familiennachzug ist nun für subsidiär Schutzberechtigte nicht mehr ausgesetzt, aber vom Vorliegen humanitärer Gründe abhängig. Eine Gleichstellung mit Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen wie noch im Jahr 2015 bewirkt wurde und nach Ablauf der Frist wieder aufleben sollte, besteht nun nicht mehr.

3.3.1. Kernfamilie als Nachzugsberechtigter

Nimmt man die Regelung genauer in den Blick sind nachzugsberechtigt gemäß § 36a Abs. 1 AufenthG Ehepartner, Eltern minderjähriger Ausländer und minderjährige ledige Ausländer als von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG geschützte Kernfamilie⁴¹. Für Ehegatten wird durch den Verweis auf § 30 Abs. 4 AufenthG ausdrücklich klargestellt, dass im Falle einer Mehrehe und einem Zusammenleben im Bundesgebiet keinem weiteren Ehegatten eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (§ 36a Abs. 4 S. 1 AufenthG). Auch ohne den Verweis finden, sofern nicht durch § 36a Abs. 5 AufenthG ausdrücklich ausgenommen, die weiteren Vorschriften zum Familiennachzug Anwendung, sodass auch Schein- und Zwangsehen ausgenommen sind (vgl. § 27 Abs. 1a № 1 und 2 AufenthG).

3.3.2. Humanitäre Gründe als Tatbestandsvoraussetzung

Tatbestandsvoraussetzung des § 36a AufenthG ist das Vorliegen humanitärer Gründe (Abs. 1 S. 1). Was unter dem Begriff humanitäre Gründe zu verstehen ist, wird in der nicht abschließenden („insbesondere“) Aufzählung in § 36a Abs. 2 AufenthG konkretisiert. Benannt werden die Umstände, dass die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft seit langer Zeit nicht möglich ist (№ 1), dass ein minderjähriges lediges Kind betroffen

politischen Versprechen und rechtlich-administrativer Wirklichkeit. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2016. Heft 33. S. 121–131].

³⁸ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 104.

³⁹ Gesetz zur Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs vom 03.03.2018, BGBl. I, S. 342.

⁴⁰ BT-Drs. 19/2438, S. 22.

⁴¹ Dazu bereits 2.1.

ist (№ 2), die ernsthafte Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit des Ehegatten, des minderjährigen ledigen Kindes oder der Eltern eines minderjährigen Ausländers im Aufenthaltsstaat (№ 3) sowie die schwerwiegende Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit der Ausländer, des Ehegatten oder des minderjährigen ledigen Kindes oder eines Elternteils eines minderjährigen Ausländers, wobei diese mit einer qualifizierten Bescheinigung geltend zu machen ist (№ 4).

3.3.3. *Ausgestaltung als Ermessenvorschrift*

Die Vorschrift stellt ausdrücklich klar, dass sie keinen Anspruch begründet (§ 36a Abs. 1 S. 3 AufenthG). Vielmehr steht die Entscheidung im Ermessen der Behörde. Insoweit unterscheidet sich die Regelung zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten von den Regelungen zur Familienzusammenführung von Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen, die als individueller Anspruch und als gebundene Entscheidung ausgestaltet sind⁴². So besteht weniger Rechtssicherheit über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, was durch die begrenzten Kontingente zusätzlich verstärkt wird. Das Kontingent liegt bei 1000 Visa je Monat (§ 36a Abs. 2 S. 2 AufenthG), wobei auf die durch die Auslandsvertretungen ausgestellten Visa abgestellt wird⁴³. Die Zahl 1000 wurde dem Koalitionsvertrag übernommen⁴⁴ und war bereits in der zweiten Übergangsregelung von März 2018 vorgesehen. Näher begründet wird sie nicht. Sie soll aber nachvollziehbar und damit unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums aus verfassungsrechtlicher Perspektive ausreichend sein⁴⁵.

Für die Ausübung des Ermessens finden sich in § 36a Abs. 2 S. 3 und 4 nähere Vorgaben. Danach sind das Kindeswohl und Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen. Darüber hinaus können weitere Erwägungen in die Ermessenentscheidung einfließen⁴⁶. Mit der Bezugnahme auf das Kindeswohl soll Art. 10 der Kinderrechtskonvention⁴⁷ Rechnung getragen werden⁴⁸. Dieser sieht vor, dass von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet werden. Ein Anspruch auf umfassenden Kindernachzug soll sich daraus nicht ergeben, ebenso kein zwingender Vorrang des Kindeswohles⁴⁹. Damit steht die Kinderrechtskonvention der Beschränkung des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte nicht grundsätzlich entgegen, sofern die Belange

⁴² Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009, 29 Zu § 29 – Familiennachzug zu Ausländer, № 29.4.2.

⁴³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 23.

⁴⁴ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 104.

⁴⁵ Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 36a Rn. 36 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 36a Rn. 36].

⁴⁶ Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1345 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

⁴⁷ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, BGBl 1992 II, S. 121, 990.

⁴⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 23.

⁴⁹ BVerwG, InfAuslR 2013, 364.

des Kindes hinreichend Berücksichtigung finden. Letzterem kann das Abstellen auf humanitäre Gründe im Zusammenspiel mit der Einbeziehung des Kindeswohls in die Ermessenentscheidung gerecht werden.

Gerade in jüngerer Zeit nimmt neben der Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung die schon im Titel des Aufenthaltsgesetzes⁵⁰ erwähnte Integration als weitere Zielsetzung in die Migrationsgesetzgebung Einzug und beeinflusste auch die Ausgestaltung der Vorschriften zum Familiennachzug. Auch hierbei geht es darum, die Steuerungswirkung des Migrationsrechts zu entfalten, und zwar mit dem Ziel der Integrationsförderung. Die Aufnahme der Integrationsaspekte in die Ermessensprüfung setzt diese Entwicklung fort. Was unter Integrationsaspekten zu verstehen ist, wird im Gesetzestext selbst nicht näher konkretisiert, wohl aber in der Gesetzesbegründung. Dort benannt werden Kenntnisse der deutschen Sprache oder anderweitige Aspekte, die für eine positive Prognose einer gelingenden Integration sprechen, die eigenständige Sicherung von Lebensunterhalt und Wohnraum auch für den nachziehenden Familienangehörigen, besondere Fortschritte beim Erlernen der deutschen Sprache, gesellschaftliches Engagement, ehrenamtliche Tätigkeit, das nachhaltige Bemühen um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder die Absolvierung einer Berufsausbildung sowie das Fehlen von Straftaten unterhalb der Ausschlussschwelle des § 36a Abs. 3 AufenthG⁵¹. Weiterhin lässt sich der Begriff aus einer Gesamtschau des Aufenthaltsgesetzes konkretisieren, sodass dem Bestimmtheitsgebot hinreichend Rechnung getragen wird⁵².

3.3.4. Ausschlussgründe

Ausschlusstatbestände für den Nachzug sind in § 36a Abs. 3 AufenthG vorgesehen. Diese treten neben die allgemeinen Ausschlusstatbestände aus § 27 Abs. 3a AufenthG⁵³. Nach § 36a Abs. 3 ist der Familiennachzug ausgeschlossen, wenn die Ehe nicht bereits vor der Flucht geschlossen wurde (№ 1), wenn derjenige, zu dem der Familiennachzug erfolgen soll, wegen einer schwerwiegenden Straftat verurteilt worden ist (№ 2) und wenn hinsichtlich des Ausländers, zu dem der Familiennachzug stattfinden soll, von einem baldigen Verlassen des Bundesgebietes ausgegangen wird (№ 3 und № 4).

3.3.5. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Wie § 36a Abs. 1 S. 4 AufenthG ausdrücklich klar stellt, bleibt die Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 22, § 23 AufenthG zu erteilen, unberührt. Nach § 22 S. 1 kann einem Ausländer für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Sie zielt vor allem auf die Aufnahme von Einzelpersonen, während Gruppenaufnahmen § 23 AufenthG unterfallen⁵⁴. Danach kann die oberste Landesbehörde aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen

⁵⁰ Bezeichnet als Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet vom 30.07.2004, BGBl.

⁵¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 24.

⁵² Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1346 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

⁵³ Dazu 2.1.

⁵⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/420, S. 77.

der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (Abs. 1 S. 1). Wenngleich als besondere Ausnahmeregelungen gedacht, ermöglichen die Vorschriften und hierbei insbesondere § 22, dass in Fällen, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen speziellerer Vorschriften wie des § 36a AufenthG nicht vorliegen, dennoch eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann.

3.4. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Schon mit der erstmaligen Einschränkung des Familiennachzugs durch das Asylpaket 2 ist die Debatte um die verfassungs- und unionsrechtliche Vereinbarkeit entfacht. Was die unionsrechtliche Kritik angeht, wird man seit der jüngsten Entscheidung des EuGH zur Familienzusammenführungsrichtlinie von der Vereinbarkeit ausgehen müssen⁵⁵. Die verfassungsrechtlichen Fragen sind allerdings nicht abschließend geklärt. Im Folgenden wird der Versuch einer Annäherung vorgenommen, wobei auch völkerrechtliche Überlegungen in die Betrachtung Einzug finden.

3.4.1. Schutz von Ehe und Familie

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist die Neureglung an Art. 6 Abs. 1 und 2 GG zu messen. Wie bereits einführend dargestellt⁵⁶, begründet dieser nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen grundrechtlichen Anspruch von ausländischen Ehegatten oder Familienangehörigen auf Nachzug zu ihren berechtigterweise in Deutschland lebenden Familienangehörigen. Auf der anderen Seite muss Art. 6 Abs. 1 und 2 GG als wertenscheidende Grundsatznorm in die Entscheidung über die Titelerteilung Einfluss nehmen. Hieran gemessen sind Beschränkungen des Familiennachzugs vor allem dann problematisch, wenn sie das familiäre Zusammenleben faktisch unmöglich machen oder eine überlange Wartezeit mit sich bringen. Auf der völkerrechtlichen Ebene hat der Menschenrechtsausschuss als Überwachungsorgan des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)⁵⁷ festgestellt, dass eine überlange Wartezeit unter dem Aspekt des Schutzes von Ehe und Familie in Art. 23 IPbPR als problematisch angesehen werden kann⁵⁸.

Die Gefahr, dass das Familienleben gänzlich oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum ausgeschlossen ist, besteht vor allem dann, wenn der Familie nicht zugemutet werden kann, ihr Familienleben außerhalb des Bundesgebiets zu führen, sie also für die Herstellung der Familieneinheit auf den Familiennachzug angewiesen ist. Das trifft auf den Familiennachzug zu Deutschen zu⁵⁹, aber auch zu Asylberechtigten, anerkannten Flüchtlingen sowie subsidiär Schutzberechtigten, die bei Vorliegen der asylrechtlichen Anerkennungsvoraussetzungen ihr Familienleben weder im Herkunftsstaat noch in einem Drittstaat führen können. Die Neuregelung in § 36a AufenthG führt aber auch für subsidiär Schutzberechtigte gerade nicht zu einem vollständigen Ausschluss des

⁵⁵ Dazu 3.1.

⁵⁶ Dazu 2.2.

⁵⁷ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II, S. 1534.

⁵⁸ Human Rights Committee, Concluding observations on the sixth periodic report of Denmark, CCPR/C/DNK/CO/6, para 35.

⁵⁹ Vgl. BVerfG. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1980, 514 (515).

Nachzugs und trifft Vorkehrungen zur Vermeidung einer überlangen Wartezeit. So wurde der Umstand, dass die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft seit langer Zeit nicht möglich ist, ausdrücklich als humanitärer Grund in § 36a Abs. 1 S. 1 № 1 AufenthG aufgenommen⁶⁰. Hiervon soll gerade auch der Fall erfasst sein, dass dem subsidiär Schutzberechtigten die legale Einreise in den Drittstaat nicht möglich oder aus anderen Gründen unzumutbar ist⁶¹, er also auf Familiennachzug angewiesen ist. Mit der ausdifferenzierten Regelung wird mithin den verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 6 Abs. 1 und 2 AufenthG Rechnung getragen.

Allerdings können die Tatbestandsvoraussetzung nur im Zusammenhang mit der Kontingentierung gesehen. Diese ist problematisch, da sie in Abhängigkeit von der Anzahl der Anträge auch zu einem langfristigen, wenn nicht sogar zu einem dauerhaften Ausschluss führen kann. In seinem Beschluss zu Wartefristen aus dem Jahr 1987⁶² äußerte das Bundesverfassungsgericht in Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 S. 1 GG ausdrücklich verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber Kontingentierung des Ehegattennachzugs, allerdings unter der Prämisse, dass die Nachzugswilligen nach dem „Warteschlangenprinzip“ behandelt würden, sodass eine hinreichen Berücksichtigung von Umständen des Einzelfalles nicht gewährleistet wäre und die Betroffenen der Gefahr langer Wartezeiten ausgesetzt wären⁶³. Von einer solchen Behandlung unterscheidet sich aber § 36a AufenthG. Die Nachzugswilligen werden nicht nach dem „Warteschlangenprinzip“ behandelt, sondern es erfolgt eine Prüfung des Vorliegens humanitärer Gründe, wobei diese durch detaillierte und zugleich nicht abschließende Kriterien konkretisiert sind. Die vom Bundesverfassungsgericht geäußerten Bedenken lassen sich folglich nicht ohne weiteres auf § 36a AufenthG übertragen.

Trotz der sehr differenzierten Prüfung kann es je nach Zahl der Anträge auch bei Vorliegen der Voraussetzungen bei Erschöpfung der Kapazitätsgrenze durchaus zu langen Wartezeiten kommen. In dem erwähnten Beschluss sah das Bundesverfassungsgericht eine Wartfrist von drei Jahren als verfassungswidrig an und auch jüngst⁶⁴ wurde wieder auf die drei Jahre Bezug genommen. Angesichts der Unterschiedlichkeit der Sachverhalte und dem Umstand, dass die Feststellung im Wege einer Abwägungsentscheidung erfolgt, ginge es zu weit, der Judikatur eine starre Obergrenze von drei Jahren zu entnehmen⁶⁵. Losgelöst von dieser konkreten Zahl lässt sich den Entscheidungen für die verfassungsrechtliche Bewertung der Neuregelung jedenfalls die Aussage entnehmen, dass eine dauerhafte, aber auch eine überlange Trennung der Familie in Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 AufenthG Bedenken hervorruft.

⁶⁰ Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 36a Rn. 3 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 36a Rn. 3].

⁶¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/2438, S. 22.

⁶² BVerfGE 76, 1.

⁶³ BVerfGE 76, 1 (65).

⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 20.03.2018 – 2 BvR 1266/17, Rn. 16.

⁶⁵ Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1343 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

Insoweit ist aber überdies zu berücksichtigen, dass auch bei Erschöpfung der Kontingente die Möglichkeit offen bleibt, einen auf § 22 und § 23 AufenthG gestützten Aufenthaltstitel zu erteilen. Auf diese Vorschriften nimmt § 36a Abs. 4 AufenthG ausdrücklich Bezug, wenn auch ohne die Erschöpfung der Kontingente zur erwähnen. Zwar handelt es sich bei den § 22, § 23 AufenthG um Ausnahmeregelungen. Dies ändert aber nichts daran, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen von diesen Gebrauch gemacht wird, gerade auch im Anwendungsbereich von § 36a AufenthG⁶⁶. Tatbestandlich setzt § 22 S. 1 AufenthG für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis dringende humanitäre Gründe voraus, die man bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 36a Abs. 1 AufenthG und einer verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigenden überlangen Wartezeit annehmen können wird. Im Zusammenspiel mit § 23, § 23 AufenthG bietet § 36a AufenthG damit hinreichend Spielraum, um einer an Art. 6 Abs. 1 und 2 GG zu messenden verfassungsrechtlichen Prüfung Stand zu halten⁶⁷. Auch den Vorgaben des IPbPR wird so Rechnung getragen.

3.4.2. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz

Darüber hinaus ist in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten, dass eine Ungleichbehandlung von Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten erfolgt. Da sowohl Asylberechtigte und Flüchtlinge als auch subsidiär Schutzberechtigte die Familieneinheit weder im Herkunftsland noch in einem Drittstaat verwirklichen können, unterscheiden sich die beiden Gruppen allenfalls in Hinblick auf die voraussichtliche Aufenthaltsdauer. So wird, wie bereits dargelegt⁶⁸, Asylberechtigten und Flüchtlingen iSd § 3 AsylG eine Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre (§ 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG) erteilt, wohingegen subsidiär Schutzberechtigten iSd § 4 AsylG eine Aufenthaltserlaubnis für zunächst lediglich ein Jahr mit der Möglichkeit der Verlängerung um ein weiteres Jahr erhalten (§ 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG). Im Falle der subsidiär Schutzberechtigten wird also durch die Statuserteilung grundsätzlich von einer kürzeren Aufenthaltsdauer im Bundesgebiet und damit zugleich von einer kürzeren Trennung von der im Herkunftsland verbliebenen Familie ausgegangen.

⁶⁶ Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 104 Rn. 29 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 104 Rn. 29].

⁶⁷ Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1343 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 104 Rn. 29 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 104 Rn. 29].

Bartolucci, B., Pelzer, M. (2018). Continued limitation of family reunification to those entitled to subsidiary protection in the light of higher-ranking law. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 4, pp. 140 [Bartolucci B., Pelzer M. Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 4. S. 133–140].

⁶⁸ Dazu 2.2.

Allerdings kann sich, wie bereits in § 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG angelegt, je nach Situation im Herkunftsstaat auch bei subsidiär Schutzberechtigten der Aufenthalt verlängern. Der formale Schutzstatus lässt damit keine pauschale Aussage über die tatsächliche Bleibeperspektive zu. Mithin stellt sich betreffend den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz die Frage, ob die verschiedenen Gruppen, Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge einerseits sowie subsidiär Schutzberechtigte andererseits, als gleich oder ungleich anzusehen sind. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht im Kontext von Sozialleistungen entschieden, dass allein der formale Aufenthaltsstatus nicht zur Rechtfertigung einer Differenzierung herangezogen werden kann⁶⁹. Allerdings lassen sich die Aussagen nicht ohne weiteres auf die Erteilung von Aufenthaltstiteln übertragen. Denn im Sozialrecht besteht eine weitergehende Tendenz zur umfangreichen Gleichbehandlung, während das Aufenthaltsrecht gerade hinsichtlich der zum Gebietszugang berechtigenden Titelerteilung stark ausdifferenziert ist⁷⁰. Die unionsrechtlich geprägte klare statusrechtliche Differenzierung zwischen Flüchtlingsstatus und subsidiärem Schutz, die Flüchtlinge gegenüber subsidiär Schutzberechtigten in mehrfacher Hinsicht und nach der Familienzusammenführungsrichtlinie gerade auch in Hinblick auf den Familiennachzug privilegiert, zeigt dies besonders anschaulich. Folglich wird man von einem sachlichen Differenzierungsgrund und einer Vereinbarkeit der differenzierten Behandlung der unterschiedlichen Statusgruppen mit Art. 3 Abs. 1 GG ausgehen können⁷¹.

3.4.3. Vertrauensschutz

Zuletzt ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive der Vertrauensschutz in den Blick zu nehmen. Diesbezüglich wurde gegen die Verlängerung der Frist eingewandt, angesichts der ursprünglichen Befristung sei ein schutzwürdiges Vertrauen an ihrem Wegfall und dem

⁶⁹ BVerfGE 111, 176 (185); 111, 160 (174 f.); 132, 72 (83 f.).

Britz, G. (2014). Constitutional limits to the unequal treatment of migrant families in the area of family benefits. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 2, pp. 60 [Britz G. Verfassungsrechtliche Grenzen der Ungleichbehandlung von Migrantenfamilien im Bereich der Familienleistungen. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2014. Heft 2. S. 56–62].

⁷⁰ Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1345 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

⁷¹ Thym, D. (2018). Upper limit for family reunification to persons entitled to subsidiary protection. *New magazine for administrative law*, issue 37, pp. 1345 [Thym D. Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2018. Heft 37. S. 1340–1347].

Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 104 Rn. 29 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 104 Rn. 29].

Bartolucci, B., Pelzer, M. (2018). Continued limitation of family reunification to those entitled to subsidiary protection in the light of higher-ranking law. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 4, pp. 139 f. [Bartolucci B., Pelzer M. Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 4. S. 133–140].

Wiederaufleben mit der Folge der gleichberechtigten Nachzugsmöglichkeit entstanden⁷². Ein Wiederaufleben der Gleichstellung ist aber nicht geschehen, auch nicht im Zuge der Neuregelung. Schon hinsichtlich der Fristverlängerung lässt sich gegen die Einwände anführen, dass allein die Befristung einer Regelung nicht zu einer verfassungsrechtlich geschützten Erwartung führen kann, dass eine Verlängerung nicht stattfinden wird⁷³. Nichts anderes kann für die Neuregelung in § 36a AufenthG gelten. Die im Vorfeld, vor allem aber auch nach der erstmaligen Regelungen vehement geführten Debatten sprechen vielmehr gegen Vertrauensschutz. Denn sie gaben zur der Annahme Anlass, dass die Frage des Familiennachzugs mit dem befristeten § 104 Abs. 3 AufenthG keineswegs abschließend geklärt ist und erneut Gegenstand rechtlicher Regelung sein wird.

4. Fazit

Hinsichtlich des Familiennachzugs für subsidiär Schutzberechtigte eröffnen sich gesetzgeberische Handlungsspielräume innerhalb des weitgehend unionsrechtlich determinierten Migrationsrechts. Der Gesetzgeber hat diese Spielräume genutzt und mit § 36a AufenthG eine Sonderregelung für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten geschaffen, welche die Erteilung des Aufenthaltstitels vom Vorliegen humanitärer Gründe abhängig macht und auf ein Kontingent von 1000 Visa je Monat beschränkt, womit erstmals eine Obergrenze in das Migrationsrecht Einzug nimmt. Die Kontingentierung kann zu einem in Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG problematischen Ausschluss des Familiennachzugs oder jedenfalls zu überlangen Wartezeiten führen. Im Zusammenspiel mit § 22 AufenthG hält sie dennoch einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand.

Über ihren unmittelbaren Regelungsgehalt hinaus bilden die Vorschrift und der ihr vorausgehende Gesetzgebungsprozess auch die übergreifenden migrationsrechtlichen Entwicklungen ab. Diese sind geprägt durch eine Dynamisierung des Gesetzgebungsprozesses, die bisweilen plötzliche Wandlungen mit sich bringen kann, so wie die befristete Aussetzung und die nachfolgende Beschränkung des Familiennachzugs bereits kurz nach der erwirkten Gleichstellung. Auch zeigt sich die akzentuierte Zielsetzung der Migrationsgesetzgebung, die sich zwischen dem Bekenntnis zu den humanitären Verpflichtungen bei gleichzeitiger Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung bewegt und zunehmend auch Integrationsaspekte einbezieht.

⁷² Bartolucci, B., Pelzer, M. (2018). Continued limitation of family reunification to those entitled to subsidiary protection in the light of higher-ranking law. *Journal for Aliens Law and Aliens Policy*, issue 4, pp. 140 [Bartolucci B., Pelzer M. Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherrangigen Rechts. *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*. 2018. Heft 4. S. 133–140].

⁷³ Kluth, W., Heusch, A. (2018). BeckOK Immigration law. 21th ed. Munich: C.H. Beck, § 36a Rn. 3 [BeckOK Ausländerrecht / W. Kluth, A. Heusch (Hrsg.). 21. Auflage. München : C.H. Beck, 2018. § 36a Rn. 3].

MIGRATION MANAGEMENT WITHIN FAMILY REUNIFICATION

Dr. Sina Fontana, (MLE)

Institute for Public Law

Georg-August-University Goettingen

sina-vanessa.fontana@jura.uni-goettingen.de

Family reunification is one of the purposes of stay within the Residence Act. The granting of the residence permit is fundamentally designed as a claim and must be granted if the requirements are met. In the course of ongoing forced migration, family reunification has become the focus of debates for ways to limit refugee migration. Since Article 6, Paragraphs 1 and 2 of the German Basic Law on the protection of marriage and family do not give rise to a right to entry, although its scope of protection must be taken into account when designing regulations on family reunification, the legislative scope for action is limited. The German legislature has decided that family reunification should be limited for persons with subsidiary protection status. Subsidiary protection is an element of protection that is shaped by EU law, which occurs alongside national asylum law and refugee protection, which is also shaped by EU law. Different requirements apply to these protective elements. Upon recognition, a humanitarian residence permit is issued, which differs in length depending on the protection status. While in the case of recognition as a person entitled to asylum or refugee status, the residence permit is initially issued for a period of one year, the duration in the case of subsidiary protection is only one year. In all cases there is the possibility of an extension. This different length of stay and the lower prospect of staying are the starting point for the restriction of family reunification for persons entitled to subsidiary protection in Section 36a of the Residence Act. As specified in the regulation as an example, family members of a person with subsidiary protection status can be granted a residence permit for the humanitarian reasons. The family reunification is now made dependent on the existence of further prerequisites in addition to family ties and is also designed not as a right but as a discretionary clause. In addition, the number of visas is limited to 1000 per month.

Concerns about this restriction of family reunification were raised, in terms of possible violation of Article 6 Paragraphs 1 and 2 and Article 3 Paragraph 1 (Equality before the law) of the German Basic Law. Based on this, the following article carries out a constitutional analysis.

Key words: migration control, refugee migration, subsidiary protection.

“PROPORTIONALITY TEST” IN THE LEGAL REGULATION OF RESTRICTION AFTER THE TERMINATION OF PUBLIC SERVICE CAREER: SEARCH FOR AN OPTIMAL MODEL

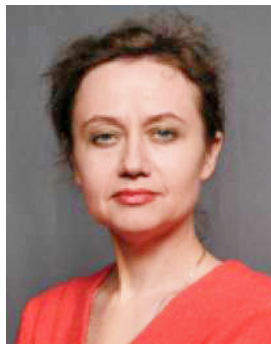
Purpose – the substantiation of the expediency to set restriction after the termination of the public service career, which is based on “the proportionality test”, distinguishing the unified standards for the consolidation of its elements.

Research methods. The paper is executed by applying the general research and special methods of scientific cognition. The dialectical method, as a basic one, allows the author to find out the essence of proportionality test, its narrow and broad sense, to justify its fundamental value for the model of legal regulation of a relevant restriction. The Aristotelian method makes it possible to study the challenging issues of standardizing the principles of its restriction that has caused “defectiveness” of its comprehension and application. Using the logical-semantic method, the author specifies the concepts list, comparative-legal – special features of perception of elements of the proportionality test in the rulemaking practice of countries of the world. Using the forecasting and modeling – the proposals on basic standards of the model of the relevant legal regulation are formulated.

Results. The article analyses the basic doctrinal approaches for the understanding of proportionality test, its narrow and broad versions, justifies its basic role for the shaping of a model of legal regulation of the restriction as an instrument for corruption prevention in the legal area. Based on the analysis of rulemaking practice of countries of the world, it is proved the availability of a steady trend towards the perception (non-system, differing degree of the manifestation and consolidation) of the elements of proportionality test in the legal regulation of the restriction, which has resulted in excessive interference in the private autonomy of an individual, discrimination of the latter. The author marks particular cases of the subject-related rulemaking practice of different countries and renders the standards of the model of legal regulation of the restriction.

Conclusions. In the context of active use of a unique resource of the restriction after the termination of public service career as an instrument for corruption prevention in the private sector, “the proportionality test” in its broad sense, as the mix of several obligatory complex elements, should be the basis for shaping model of its legal regulation which is perfect in content and effective in use. The author proposes to consider the following as the standards of such regulation: 1) legislative (along with a simultaneous correlation with the codes of conduct for public servants) consolidation of the provision of absolute determination of the content (excluding the opportunity to use evaluative provisions) towards all elements of the mechanism of the specific restriction; 2) absolute determinacy of the fixed basic standards-definitions; 3) unification of the provisions about the subject of restriction with the elimination of any preconditions for possible discrimination; 4) specification of the scope for interference including “the former” public service of an individual, as well as the minimization of restriction validity (one year); 5) standardization of the provisions on the legitimate goal of the restriction, the content of which is relevant to all elements of the latter; 6) detailed elaboration of the regulation of the procedure for the individual's employment after the termination of public service career; 7) corresponding tie between a subtle provision and instructions of guaranteeing appeals and redress related to the use of the restriction resource.

Key words: private sector corruption, filter, expediency, need, balance between public and private interests, legislation, standards, elements.



Tetiana Kolomoets,
*Dean of Law Faculty
 of the Zaporizhzhya
 National University,
 Doctor of Law, Professor,
 Corresponding Member
 of the National Academy
 of Legal Sciences
 of Ukraine,
 Honoured Lawyer
 of Ukraine
 orcid.org/0000-0003-1101-8073
 t_deputy@ukr.net*

1. Introduction

In the context of searching for effective instruments for corruption prevention in the private sector, the interested community should focus on the unique kind of “anti-corruption” restriction – the restriction after the termination of public service career. Despite the available practice of different countries of the world in regulatory consolidating of the principles of its application as well as the provisions of international legal acts in terms of the implementation of this kind of restriction, unfortunately, it is impossible to hold its designated purpose effective. Moreover, the variability of perception of international subject-related regulations and the formulation of the national practice in the specific rulemaking, thus the application, confirm the multiple cases of its “defective” identification with an opportunity of legitimate coercive arbitrary interference in “private autonomy of the individual”, discrimination based previous employment of the person etc. The lack of a unified model of standardized nature regarding the regulation of the principle of the restriction’s use negatively affects the comprehension of the essence, aim and specifics of this type of “anti-corruption” restriction, causes the inconsistency and “defectiveness” of its use, as the very instrument for corruption prevention, and mainstreams the search for the universal “basic” foundation which would permit consolidating the entire uniqueness of the restriction and unifying the top priorities of the subject-related national rulemaking and law enforcement. “Proportionality test” may act as that sort of foundation, which will make it possible to define the limits of a balanced, guaranteed, legitimate, burdensome, intrusive use of the restriction, thereby stipulating its effectiveness as a means of corruption prevention in the private sector. The model shaping is directly connected with the renewal of its scientific basis related to the understanding of “proportionality test” and restriction after the termination as a type of “anti-corruption” restriction. Disappointingly, there are no complex researches exclusively devoted to the relevant subject-matter. At the same, the individual issues of “proportionality test” were covered in the papers of S. Pohrebniak, S. Venher, S. Shevchuk, S. Holovaty, T. Fulei, M. Luchenko et al., the problems of “anti-corruption restrictions” – in the papers of O. Dudorov, K. Berdnykova, S. Kushnir, M. Khavroniuk, O. Mykolenko et al., and the foreign practice of their application – in the papers of F. Fluri, M. Villorria, S. Synnestrom, Ya. Bertok, S. Zymneva, A. Chumakova et al.

There are few papers which highlight the challenges of combining anti-corruption subject-matter and “proportionality test” (for example, the contributions of V. Kolpakov); however, they are also characterized by other purposes. All of this causes the set of *article’s goal* which involves substantiating the efficiency following available sources, shaping the model of legal regulation of restriction after the termination of public service career that should be based on “the proportionality test”, highlighting the unified standards on the fixation of its elements. The article is elaborated through using both general research and special methods of scientific cognition, the combination of which permits the author to reach the specified purpose, guarantee the comprehensive nature of the study of subject-matter as well as the veracity and credibility of results. Due to the use of the dialectical method as a basic one, it is found out the essence of “proportionality test”, its “narrow” and “broad” understanding, and its “basic” essence for restriction after the termination of public service career in shaping the model of legal regulation of the latter is substantiated. The Aristotelian methods are applied while processing source subject database, detecting challenging aspects of standardizing principles of the use of the restriction resource. The logical-semantic method makes it possible to extend, specify the conceptual topical list, comparative-legal method – to compare the features of the experience of different countries of the world in perceiving of individual elements of “proportionality test” in the legal regulation of the restriction after the termination of public service career. By utilizing the methods of forecasting and modeling, the author makes recommendations for “basic standards” of shaping a relevant model of the legal regulation.

2. “Proportionality test”: fundamental professional doctrinal approaches to the comprehension

The majority of available professional scientific resources link “proportionality test” (the following is considered as synonyms: “principle of proportionality”, “proportionality”, “doctrine of proportionality”, “theory of proportionality” etc.) with the rule of law and justice and define it as “the guarantee of balance between public and private interests <...> in cases <...> of the conflict of such interests”¹; “a balance between public and private interests <...> in cases of possible restriction of the individual’s rights by the state authorities”²; “a balance of interests when the goals of restriction of the individual’s rights are essential and the means for their achievement is minimally burdensome for the individual”³; “smart measures (applicable, necessary, commensurate)

¹ Totskyi, B.A. (2013). Proportionality test: historical aspect and theoretical components. *Journal of Kyiv University of Law*, no. 3, pp. 70–74 [Тоцький Б.А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 70–74].

² Totskyi, B.A. (2013). Proportionality test: historical aspect and theoretical components. *Journal of Kyiv University of Law*, no. 3, pp. 70–74 [Тоцький Б.А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 70–74].

³ Pohrebniak, S.P. (2012). Proportionality test in Ukrainian legal practice and the ECHR practice. *Legal support of an effective use of decisions and application of the ECHR practice: collection of scientific articles of International scientific-practical conference* (Odesa, March 15, 2012). Odesa: National University “Odessa Law Academy”, pp. 294–310 [Погребняк С.П. Принцип пропорційності в українській юридичній практиці та практиці ЄСПЛ. *Правове забезпечення ефективного використання рішень і застосування практики ЄСПЛ* : збірник наукових

for pursuing the legitimate public goal”⁴; “a correlation of authoritative influence on the private life <...> with an idea of restriction of such authority <...> while there are no alternatives to the coercive interference and minimization of the latter one (through means) taking into account of those variants, which are statutorily consolidated <...> for the achievement of a particular goal”⁵ etc. Thus, the analysis of the above provisions permits conditionally emphasizing two “basic” approaches to its understanding. The first is associated exclusively with a balance between (sometimes, it is used the words combinations “fair balance”, “smart balance”⁶ public and private interests, thus its identification with “commensuration”, “dimensionality”, “proportionality”⁷. It may be considered as one providing the study of “proportionality test” in its narrow sense. Indeed, the second approach without taking exception against the importance of the relevant balance associates it with “substantiation”, “determinacy”, “the legitimacy of public goal”, “minimal burdensomeness for the person whose rights are restricted”⁸ i. e. it is characterized by the review of “proportionality test” in its broad sense with highlighting of other important elements of its complex resource through eliminating the preconditions for its identification with a balance between public and private interests “at any cost”, “under any circumstances”, “in any way”, etc. In the context of the inextricable connection between “proportionality test” and the rule of law, the consideration in the broad sense as a combination of several elements of its content is feasible and one that permits clarifying its real potential. What are these elements? Despite the diversity of doctrinal professional approaches to their name and consistency of presenting, one can touch upon the next “basic” model of their mix, which is formed taking into account the ECHR practice regarding the use of provisions of the European Convention on Human Rights and relative practice of the national judicial institutions of different countries of the world, namely:

статей Міжнародної науково-практичної конференції, м. Одеса, 15 березня 2012 р. / за заг. ред. С.В. Ківалова. Одеса : Національний університет «Одеська юридична академія», 2012. С. 294–310].

⁴ Yevtoshuk, Yu.O. (2015). Proportionality test as an essential component of the rule of law (Extended abstract of candidate’s thesis). Kyiv [Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук ; 12.00.01. Київ, 2015. 16 с.].

⁵ Luchenko, M.M. (2019). Proportionality principle in administrative proceedings (Extended abstract of candidate’s thesis). Zaporizhzhia [Лученко М.М. Принцип пропорційності в адміністративному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук ; 12.00.07. Запоріжжя, 2019. 18 с.].

⁶ Tatsii, V.Ya., Petryshyn, O.V. (eds.) (2017). Great Ukrainian legal encyclopedia: in 20 vol. Kharkiv: Pravo, vol. 3: General theory of law [Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. / редкол. : В.Я. Тацій, О.В. Петришин та ін. Харків : Право, 2017. Т. 3 : Загальна теорія права. 932 с.].

⁷ Yevtoshuk, Yu.O. (2015). Proportionality test as an essential component of the rule of law (Extended abstract of candidate’s thesis). Kyiv [Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук ; 12.00.01. Київ, 2015. 16 с.].

⁸ Totskyi, B.A. (2013). Proportionality test: historical aspect and theoretical components. *Journal of Kyiv University of Law*, no. 3, pp. 70–74 [Тоцький Б.А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 70–74].

first, relevance (sometimes the provisions on “expediency”, “feasibility” are found) as a complex element which arranges justifiability (or “conformity”) of legitimate (one should separate from legal) limit, legitimacy and legal certainty; second, a need which, in its turn, provides for the combination of “minimal” interference of the public entity in the “private autonomy of the individual”⁹ and the use of “less intrusive measures”¹⁰ for such interference. At last, third, it takes place a balance between public and private interests, the guarantee of compensation of possible harm caused to the individual as the very interference in the “private autonomy of the individual”, as well as its limits. Each of elements is “complex”, complements each other and only in the aggregate forms that unique resource of “proportionality test” which makes it possible to consider it as a kind of “filter”, on the one hand, for ensuring the implementation and protection of public interests during the professional activity of individuals authorized to perform the functions of the state or local government, as well as the instrument for corruption prevention in the private sector after its termination, and on the other hand, for preventing arbitrary interference in “the private autonomy” of such individuals.

3. Restrictions for an individual after the termination of public service career as an area of “proportionality test” objectification

Legal and regulatory framework of the relevant kind of “special” restriction is well-established by the international anti-corruption standard. The United Nations Convention against Corruption (art. 12) stipulates introducing of restrictions “in appropriate cases and for a reasonable time”¹¹ on the professional activity of the ex-officials in the private sector after their retirement, resignation or in case of other reasons if such activity is directly associated with the functions which individuals have performed during their career or which they have controlled¹². Thus, the provisions defining the mentioned restriction as “an instrument for corruption prevention in the private sector” fix its specific features which determine the unique nature of its recourse. At the same time, these provisions, as well as Recommendation № R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on codes of conduct for public officials, consolidate the elements of “proportionality test” as “standards” for the national rulemaking in terms of the regulation of the relevant issue the implementation of which, as the analysis of the legislation shows, is varying.

⁹ Yevtoshuk, Yu.O. (2015). Proportionality test as an essential component of the rule of law (Extended abstract of candidate’s thesis). Kyiv [Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук ; 12.00.01. Київ, 2015. 16 с.].

¹⁰ UN Development Program in Ukraine (2016). Lifestyle monitoring: review of the international practice in Ukraine. Kyiv [Моніторинг способу життя: огляд міжнародної практики, можливість застосування в Україні / Програма розвитку ООН в Україні. Київ, 2016. 36 с.].

¹¹ Holovkin, B.M. (ed.) (2019). Corruption prevention: textbook. Kharkiv: Pravo [Запобігання корупції : підручник / Б.М. Головкін, В.Ф. Оболенцев, М.В. Романов та ін. ; за заг. ред. Б.М. Головкіна. Харків : Право, 2019. 296 с.].

¹² Holovkin, B.M. (ed.) (2019). Corruption prevention: textbook. Kharkiv: Pravo [Запобігання корупції : підручник / Б.М. Головкін, В.Ф. Оболенцев, М.В. Романов та ін. ; за заг. ред. Б.М. Головкіна. Харків : Право, 2019. 296 с.].

Hence, when regulating the specific issue, as a rule, the legislator solidifies the provisions either in the “basic” anti-corruption legislative act (for example, the experience of Ukraine, Georgia) or the legislative act on the public service (for example, the experience of Germany) or duplicates these provisions in the acts, which accumulate moral and ethical principles for the conduct of individuals entrusted with public powers (for example, Netherlands, Slovakia) when choosing one of the mentioned alternatives. At the same time, the degree of detailed elaboration of the provisions also varies: from general definitions, incl. the use of evaluative provisions, to the defined rules. The latter option is the best one (it can be defined as ideal) under the conditions of searching for an optimal model of legal regulation of the relation directly connected with the use of restriction resource, because it is ensured the unification of their interpretation and application and the practice of the latter is formed due to the totally defined rules, which are similar in terms of content and according to text.

Restriction after the termination of public service career (however, in the legislation of different countries, there are provisions on “restriction after the termination of executing activity related to the performance of functions of the state or local government”¹³, “restriction on employment in the private or non-governmental sectors after the dismissal from public office”¹⁴, “restriction on employment after the dismissal from office”¹⁵, “restriction on the professional activity of the former civil servants in the private sector”¹⁶ etc. is oriented towards the special entity who is, unlike the entities of other “anti-corruption” restrictions, “former” public servant, “an individual who held political, public post”, “ex-public servant”, “ex-official”. The specific nature of that kind of entity is caused by the lack of his connection with professional activity, which is related to the performance of the functions of the state or local government, and relevant

¹³ Kolomoiets, T.O. (ed.) (2019). Restrictions for persons authorized to perform the functions of the state or local self-government as a means for prevention of the conflict of private and public interest: legal aspect: scientific and practical essay. Zaporizhzhia: Helvetyka [Обмеження для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як засіб запобігання конфлікту приватного та публічного інтересу: правовий аспект : науково-практичний нарис / Т.О. Коломонець, Р.О. Кукурудз, С.М. Кушнір ; за заг. ред. Т.О. Коломонець. Запоріжжя : Видавничий дім «Гельветика», 2019. 80 с.].

¹⁴ Villorria, M., Synnestrom, S., Bertok, Ya. (2010). Civil service ethics: prevention of conflict of interests and requirements for the legislation. Kyiv: Center for Civil Service Adaptation to EU Standards [Вілліорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / пер. з англ. І.С. Чуприни. Київ : Центр адаптації державної служби до стандартів ЄС, 2010. 104 с.].

¹⁵ Suslova, I.M., Fluri, F., Badrak, V.V. (eds.) (2017). Parliamentary ethics in Ukraine. Realities of the needs, prospects (according to the research of the NGO “Center for Army, Conversion and Disarmament Studies” and the Institute of Social Technologies “Sociopolis”). Geneva, Kyiv [Парламентська етика в Україні. Реалії потреби, перспективи (за матеріалами дослідження ГО «Центр досліджень армії, конверсії та роззброєння» та Інституту соціальних технологій «Соціополіс») / пер. з англ. за заг. ред. І.М. Суслової, Ф. Флурі, В.В. Бадрака. Женева ; Київ, 2017. 56 с.].

¹⁶ Villorria, M., Synnestrom, S., Bertok, Ya. (2010). Civil service ethics: prevention of conflict of interests and requirements for the legislation. Kyiv: Center for Civil Service Adaptation to EU Standards [Вілліорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / пер. з англ. І.С. Чуприни. Київ : Центр адаптації державної служби до стандартів ЄС, 2010. 104 с.].

special legal status. At the same time, the legislation of different countries of the world involves a variable approach to the identification of the entity: with the application of restriction to any public servants (for example, the experience of Ukraine, Poland), with the division of entities into certain types (for example, the experience of Portugal, Spain), with “binding” to a particular “former” post (for example, the experience of Canada), an establishment (agency) where they performed their duties at the moment of career termination (for example, the experience of France). It is more expedient to extend this restriction, taking into account its essence”, to all individuals who were empowered to perform the functions of the state of local government thus eliminating the preconditions for any discriminative manifestations.

The relevant restriction focuses exclusively on the professional activity of the individual after the termination of public service career, hence, its recognition as “an instrument for corruption prevention in the private sector”¹⁷ for the achievement of a goal, as follows: “<...> risk minimization of conflict of interests under the servant’s transfer to other work which is not connected with the performance of the functions of the state, local government”¹⁸, elimination of the preconditions for the creation of “favourable perspective post” by the individual in an illegal way”¹⁹ through using benefits of the public service and “prevention of dishonest use of coats by the former servant when exercising his representative functions”²⁰. In other words, it is expected that after the termination of the public service career, the individual will forgo “inadequate use of benefits <...> of the service or post, which <...> has been held”²¹ and being in the employment, he will adhere to all principles of the latter and will not “focus” on planning, using service benefits of his future workplace in the private sector. Despite the varying definitions of the restriction’s target in the legislation of different countries, they are typical in content, however, with a diverse degree of provisions specification (from the general “corruption prevention in the private sector” (that is excessively generalized provision) to the division under individual components of restriction content). In any case, the analysis of specific provisions confirms the attempt to consolidate the focus of restriction on the achievement of a legitimate purpose.

¹⁷ Holovkin, B.M. (ed.) (2019). Corruption prevention: textbook. Kharkiv: Pravo [Запобігання корупції : підручник / Б.М. Головкін, В.Ф. Оболенцев, М.В. Романов та ін. ; за заг. ред. Б.М. Головкіна. Харків : Право, 2019. 296 с.].

¹⁸ Holovkin, B.M. (ed.) (2019). Corruption prevention: textbook. Kharkiv: Pravo [Запобігання корупції : підручник / Б.М. Головкін, В.Ф. Оболенцев, М.В. Романов та ін. ; за заг. ред. Б.М. Головкіна. Харків : Право, 2019. 296 с.].

¹⁹ Holovkin, B.M. (ed.) (2019). Corruption prevention: textbook. Kharkiv: Pravo [Запобігання корупції : підручник / Б.М. Головкін, В.Ф. Оболенцев, М.В. Романов та ін. ; за заг. ред. Б.М. Головкіна. Харків : Право, 2019. 296 с.].

²⁰ Holovkin, B.M. (ed.) (2019). Corruption prevention: textbook. Kharkiv: Pravo [Запобігання корупції : підручник / Б.М. Головкін, В.Ф. Оболенцев, М.В. Романов та ін. ; за заг. ред. Б.М. Головкіна. Харків : Право, 2019. 296 с.].

²¹ Villorria, M., Synnestrom, S., Bertok, Ya. (2010). Civil service ethics: prevention of conflict of interests and requirements for the legislation. Kyiv: Center for Civil Service Adaptation to EU Standards [Вілорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / пер. з англ. І.С. Чуприни. Київ : Центр адаптації державної служби до стандартів ЄС, 2010. 104 с.].

“Filtering” activities of the former public servants, the restriction after the termination of public service career is simultaneously connected with own regulated “red lines” (standards) the violation of which means “excessive” interference in “the private autonomy of the individual”. In particular, term and scope of validity of the restriction are subjected to be standardized. Being guided by recognized standards on “corresponding cases and reasonable term”²², the legislator of different foreign countries regulated “the minimization of interference in the private autonomy of the individual”, “the use of less intrusive measures of interference”, “guarantee of a balance between private and public interests” in various ways. In the first instance, one should mark that the restriction doesn’t cover any activity (work) of the former public servant but the very professional, which is associated with its previous public official activity. Such professional activity in turn should relate to the private area (“private sector”, “private segment”, “private and non-governmental activity”) and the functions, which were exercised by the former public servant at the post, or in the context of which he performed control functions. It doesn’t signify the restriction of access of the former public servant to the private sector in a broad manner. The limits are statutorily applied to the part which is somewhat attributed to the former activity of ex-official. The lack of such “ties” makes the use of restriction resource impossible thus, the interference in “the private autonomy” of the former servant. The extension of the fundamentals of legal certainty significantly contributes to “tension reduction” in clarifying the objective specifics of this type of restriction. The practice of Spain is positively characterized as its legislation clearly marks that for the operation of the restriction “there shall be a connection in the following cases: in cases of senior officials, it concerns the decisions of immediate superiors and all chiefs of agencies subordinated based on delegation or re-delegation of authority towards corresponding campaigns; this is also about the cases when the above individuals take part in the activities of a collegiate body which decide on such campaigns”. France provided a list of those institutions that use the provision under consideration, namely: “<...> posts in any corporations which either get grants from the government or enter into an agreement with local authorities or foreign governments, ... employment in property sale agencies or thrifts”²³. The legislation of Mexico fixes a quite extensive list of institutions which are subjected to the restrictions after the termination of public service career of the individual²⁴. While laws and regulations of Canada and Korea are

²² Holovkin, B.M. (ed.) (2019). Corruption prevention: textbook. Kharkiv: Pravo [Запобігання корупції : підручник / Б.М. Головкін, В.Ф. Оболенцев, М.В. Романов та ін. ; за заг. ред. Б.М. Головкіна. Харків : Право, 2019. 296 с.].

²³ Suslova, I.M., Fluri, F., Badrak, V.V. (eds.) (2017). Parliamentary ethics in Ukraine. Realities of the needs, prospects (according to the research of the NGO “Center for Army, Conversion and Disarmament Studies” and the Institute of Social Technologies “Sociopolis”). Geneva, Kyiv [Парламентська етика в Україні. Реалії потреби, перспективи (за матеріалами дослідження ГО «Центр досліджень армії, конверсії та роззброєння» та Інституту соціальних технологій «Соціополіс») / пер. з англ. за заг. ред. І.М. Суслової, Ф. Флурі, В.В. Бадрака. Женева ; Київ, 2017. 56 с.].

²⁴ Suslova, I.M., Fluri, F., Badrak, V.V. (eds.) (2017). Parliamentary ethics in Ukraine. Realities of the needs, prospects (according to the research of the NGO “Center for Army, Conversion and Disarmament Studies” and the Institute of Social Technologies “Sociopolis”). Geneva, Kyiv [Парламентська етика в Україні. Реалії потреби, перспективи (за матеріалами дослідження

oversaturated with evaluative provisions on the issue concerned: “<...> with whom the individual had important official relations”, “which are tightly bound to the functions they have performed”²⁵ that drastically complicates law enforcement. Presenting details of the restriction after the termination of public service career (on employment, interest intermediation, civil matters), the legislator of different countries of the world uses several fixation models: “strict” with the prescription of possible participation of the former civil servants in presentation, representative events (for example, the USA experience) that looks very strict and, in such cases, one can suggest about some kind of “redundancy” of interference in the private life of the individual. At the same time, it is widespread “soft model” which defines the limits of interference in terms of the use of data obtained during the former professional public activity, employment and contractual relations after the termination of the public service career of the person. The latter model is well-founded (it covers “risky” range of relations), defined (it doesn’t provide for “complete” or approximate to such interference) thus, eligible for spreading. The determinacy of such limits allows unifying the definition and application of the legislation on the relevant restriction by eliminating preconditions for the manifestation of unreasonable, subjective discretion hence, the alternative “overrun” the boundaries of minimal sound “interference in the private autonomy of the individual”. “Reasonable time” of such restriction is subjected to be standardized. Taking into account “the value” of information, coat-tails, the experience of the previous public-professional activity of the individual, opportunities of their use with risk to ensure the implementation and protection of public interests, on the one hand, and minimization and intrusiveness of interference in “the private autonomy” of the very former servant, it seems feasible to consolidate a short period of restriction validity after the termination of public service career at the regulatory level. The lawmaking practice is characterized by the varying scenarios: the division of terms depending on the former post of the individual (for example, in Canada, the term for ex-ministers is two years since the termination of employment and one year – for other ex-officials), according to an element of restriction essence (for example, in Ukraine, the term is equal to one year towards employment, civil and representative relations with the participation of ex-servants, and it is unlimited towards the use of data obtained during the post), mono term (for example, it takes one year in Italy, the USA, two years – in Spain, three years – in Portugal, five years – in France). The specific nature of modern transformational state-building and law-making processes objectively causes the expediency of standardization of the very short terms of restriction validity that correlates with the keeping of balance between private

ГО «Центр досліджень армії, конверсії та роззброєння» та Інституту соціальних технологій «Соціополіс» / пер. з англ. за заг. ред. І.М. Суслової, Ф. Флурі, В.В. Бадріака. Женева ; Київ, 2017. 56 с.].

²⁵ Suslova, I.M., Fluri, F., Badrak, V.V. (eds.) (2017). Parliamentary ethics in Ukraine. Realities of the needs, prospects (according to the research of the NGO “Center for Army, Conversion and Disarmament Studies” and the Institute of Social Technologies “Sociopolis”). Geneva, Kyiv [Парламентська етика в Україні. Реалії потреби, перспективи (за матеріалами дослідження ГО «Центр досліджень армії, конверсії та роззброєння» та Інституту соціальних технологій «Соціополіс») / пер. з англ. за заг. ред. І.М. Суслової, Ф. Флурі, В.В. Бадріака. Женева ; Київ, 2017. 56 с.].

and public interests when using the relevant kind of restriction. In this respect, positive practice of those countries whose legislation fixes one-two year period of restriction validity is justified, and longer terms (incl. five-year term) are a kind of manifestation of “excessive” interference in “private autonomy” of the person and sometimes, taking into account the specifics of resident country, organizational aspect of the implementation of public service, discrimination of the individual based on his former activity. To find out the actual resource of the restriction after the termination of public service career, the issues of statutory regulation of the relations of responsibility for violation of this limit and, at the same time, the guarantee of appealing against its illegal application and redress gain importance. In this context, it is marked a benchmark experience of France on the legislative regulation of the relations of obligatory preliminary consultation (on the termination of public service career) of the individual by authorized supervisory agency regarding “admissibility”, “inadmissibility”, “admissibility under certain conditions” of a post in the private sector and procurement of a permit for holding the post that eliminates the preconditions for varying arbitrary interpretation and application of the provisions on restriction due to the mandatory nature. In case of violation of these requirements, the individual is found guilty of “illegal serving own interests” and brought to criminal liability²⁶. While in Great Britain public servants shall notify about any attempts of external parties to offer them “future office in the private sector”²⁷ and in case of infraction, they are also may be deemed as ones committed a crime. There is a less restricted procedure of adherence to regulations on restriction (for example, the experience of Ukraine, Georgia) and administrative and criminal liability for breach of regulation. At the same time, in case of illegal application of the restriction to the former public servants, the legislation of most countries of the world involves guaranteeing of its appeal and compensation for damage that confirms a solid trend of the legislator’s perception (however, with differing degrees of perception and detailed elaboration) and search for an optimal model of standardization of consolidation of all elements of “proportionality test” in regulating the principles of use of a unique resource of the relevant “special” restriction.

4. Conclusions

In the context of active use of a unique resource of the restriction after the termination of public service career as an instrument for corruption prevention in the private sector, “the proportionality test” in its broad sense, as the mix of several obligatory complex elements, should act as the basis for shaping model of its legal regulation which is perfect in content and effective in use. The author proposes to consider the standards

²⁶ Villorria, M., Synnestrom, S., Bertok, Ya. (2010). Civil service ethics: prevention of conflict of interests and requirements for the legislation. Kyiv: Center for Civil Service Adaptation to EU Standards [Вілліорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / пер. з англ. І.С. Чуприни. Київ : Центр адаптації державної служби до стандартів ЄС, 2010. 104 с.].

²⁷ Villorria, M., Synnestrom, S., Bertok, Ya. (2010). Civil service ethics: prevention of conflict of interests and requirements for the legislation. Kyiv: Center for Civil Service Adaptation to EU Standards [Вілліорія М., Синнестрьом С., Берток Я. Етика державної служби: запобігання конфлікту інтересів та вимоги до законодавства / пер. з англ. І.С. Чуприни. Київ : Центр адаптації державної служби до стандартів ЄС, 2010. 104 с.].

of such regulation as follows: legislative (along with a simultaneous correlation with the codes of conduct for public servants) consolidation of the provision of absolute determination of the content (excluding the opportunity to use evaluative provisions) towards all elements of the mechanism of the specific restriction; absolute determinacy of the fixed “basic” standards-definitions; unification of the provisions about the subject of restriction with the elimination of any preconditions for possible discrimination; specification of the scope for “interference” including “the former” public service of an individual, as well as the minimization of restriction validity (one year); standardization of the provisions on the legitimate goal of the restriction, the content of which is relevant to all elements of the latter; detailed elaboration of the regulation of the procedure for the individual’s employment after the termination of public service career; corresponding tie between a subtle state and instructions for guaranteeing appeals and redress related to the use of the restriction resource.

«ТЕСТ НА ПРОПОРЦІЙНІСТЬ» У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ ОБМЕЖЕННЯ ПІСЛЯ ПРИПИНЕННЯ ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ: ПОШУК ОПТИМАЛЬНОЇ МОДЕЛІ

Тетяна Коломоєць,

декан юридичного факультету

Запорізького національного університету,

доктор юридичних наук, професор,

член-кореспондент Національної академії правових наук України,

заслужений юрист України

orcid.org/0000-0003-1101-8073

t_deputy@ukr.net

Мета – обґрунтування доцільності формування обмеження після припинення публічної служби, підґрунтям якої є «тест на пропорційність», та виокремлення єдиних стандартів закріплення його елементів.

Методи дослідження. Роботу виконано на підставі загальнонаукових і спеціальних методів наукового пізнання. Діалектичний метод як базовий дав змогу з’ясувати сутність тесту на пропорційність, його вузьке й широке розуміння, обґрунтувати його базове значення для моделі правового регулювання відповідного обмеження. Формально-логічні методи дали змогу вивчити проблемні аспекти унормування засад його обмеження, що зумовило «дефектність» його розуміння та застосування. За допомогою логіко-семантичного методу конкретизовано понятійний ряд, завдяки порівняльно-правовому – особливості сприйняття елементів тесту на пропорційність у нормотворчій практиці країн світу. За допомогою прогнозування та моделювання сформульовано пропозиції щодо базових стандартів моделі відповідного правового регулювання.

Результати. Проаналізовано основні доктринальні підходи до розуміння тесту на пропорційність, його вузького й широкого варіантів, доведено його базову роль для формування моделі правового регулювання відповідного обмеження як інструменту запобігання корупції у правовій сфері. На підставі аналізу нормотворчої практики країн світу доведено існування стійкої тенденції щодо сприйняття (несистемного, різного ступеня прояву й фіксації) елементів тесту на пропорційність у правовому регулюванні відповідного обмеження, наслідком чого є

надмірне втручання у приватну автономію особи, її дискримінація. Виокремлюються конкретні приклади тематичної нормотворчої практики різних країн та формулюються стандарти моделі правового регулювання відповідного обмеження.

Висновки. В умовах активного використання унікального ресурсу обмеження після припинення публічної служби як інструменту запобігання корупції у приватній сфері підґрунтям для формування досконалої за змістом та ефективною в застосуванні моделі його правового регулювання має слугувати «тест на пропорційність» у його широкому розумінні як поєднання декількох обов'язкових комплексних елементів. Запропоновано такі стандарти цього регулювання: 1) законодавче (з одночасною кореляцією з кодексами поведінки публічних службовців) закріплення положень абсолютно визначеного змісту (з виключенням можливості використання оціночних положень) стосовно всіх елементів механізму відповідного обмеження; 2) абсолютну визначеність закріплених базових норм-дефініцій; 3) уніфікацію положень щодо суб'єкта обмеження з усуненням будь-яких передумов для можливої дискримінації; 4) абсолютну визначеність сфер втручання з прямим зв'язком із «кошиньою» публічною службою особи, а також мінімізацією строку дії обмеження (один рік); 5) унормування положень про легітимну мету обмеження, зміст якої є релевантним усім елементам змісту останнього; 6) деталізацію регулювання процедури працевлаштування особи після припинення публічної служби; 7) кореспондуючий зв'язок делікатних положень і приписів гарантування оскарження та відшкодування шкоди, пов'язаних із використанням ресурсу обмеження.

Ключові слова: корупція у приватній сфері, фільтр, доречність, необхідність, баланс публічних і приватних інтересів, законодавство, стандарти, елементи.

REFORMING THE NATIONAL MECHANISM OF ADMINISTRATIVE LIABILITY FOR ILLEGAL FUEL TRADE

The article is focused on the research of the directions for reforming the national legislation in the sphere of introduction of administrative liability for illegal trade in fuel.

The methodological basis of the presented scientific work is the systematic approach and systematic analysis.

The authors have offered understanding of the main components of the author's mechanism of administrative liability: the legal norm establishing liability, its legal composition, the subject of application of the norm and its procedure.

The authors have analyzed specific features of fuel as a specific subject of administrative and legal protection caused by its relation to the group of excisable goods. The qualifying features of illegal trade in fuel, their correlation with the available corpus delicti of offenses under the Code of Ukraine on Administrative Offenses have been studied.

The emphasis has been placed on the issue of bringing to administrative liability for illegal fuel trade. Particular attention has been paid to the shortcomings of the objective aspect of a number of offenses (articles 160, 161, 164 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses).

Thus, it has been emphasized that the main disadvantage of applying the art. 160 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses (sale "from hands" in the places not established for this purpose) is the inconsistency of its objective aspect with the common actions of the offender, when the illegal sale of fuel is carried out in the prescribed place, but without the necessary permits.

In turn, the disposition of the art. 161 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses (illegal supply or purchase of gasoline or other fuels and lubricants) covers only the illegal supply or purchase of gasoline or other fuels and lubricants belonging to state or public enterprises, institutions and organizations, without features of embezzlement. Due to the above, its provisions cannot be applied during the circulation of fuel belonging to individuals.

Similarly, the main disadvantage of the application of the art. 164 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses (violation of the procedure of economic activity) while illegal sale of fuel, there is a need to prove the regularity of such activities, i. e. its implementation at least three times a year.

To confirm this position, the authors have analyzed and presented court practice, with the reference to the Unified State Register of Court Decisions.

To solve the outlined problems, it has been offered to supplement the Code of Ukraine on Administrative Offenses with a new norm that provides administrative liability for the violation of the established procedure for fuel trade – the art. 161-1 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses. The objective aspect of this offense should cover one-time actions related to the facts of illegal sale of fuel without the necessary permits (like the disposition of the art. 156 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses, which provides liability for the sale of other excisable goods (alcohol and tobacco) without appropriate permits).

Key words: fuel, excise tax, liability, illegal sale, economic activity.



Dmytro Pryputen,
*Professor of General Legal
 Disciplines Department
 of Dnipropetrovsk State
 University of Internal
 Affairs,
 Doctor in Law, Associate
 Professor*
 orcid.org/0000-0001-8519-8041
 d.pryputen@gmail.com

Denys Holoborodko,
*Assistant Professor
 of Administrative
 Law, Procedure
 and Administrative Activity
 Department
 of Dnipropetrovsk State
 University of Internal
 Affairs,
 PhD in Law, Associate
 Professor*
 orcid.org/0000-0001-7441-9646
 6326060@gmail.com

1. Introduction

The urgent issue in the field of national security is Ukraine's energy independence within the current conditions of globalization changes, existing hybrid military conflicts and shortages of hydrocarbons in the world.

Having a great potential in nuclear energy, rapid development of renewable energy sources, we face a certain shortage of hydrocarbon fuel, which increases our dependence on foreign imports and the need to effectively develop our own production, processing, establishing a clear and transparent state supervision over the fuel and energy sphere's administration.

The administration of fuel sales at the national market occupies the special place in the outlined vector, which is the key factor for ensuring both energy security of the state and filling the revenues of the State Budget – the financial heart of the country.

Thus, the excise tax belongs to national taxes in accordance with the art. 9 of the Tax Code of Ukraine, which is the indirect tax on the consumption of certain types of goods (products) and is included in the price of such goods¹. Such excise goods include, in particular, fuel and goods (products) used as fuel for refueling vehicles, equipment or devices with internal combustion engines.

Unfortunately, it should be noted that there is current situation when a number of entrepreneurs deliberately violate the established procedure for fuel trade, evade the necessary permits and sell fuel without paying excise tax. As a result of such illegal actions, we observe that the State Budget, the consumer (buyer) of fuel, the local community, etc. are afflicted.

It is the reason that the issues of combating illegal fuel trade attract special attention from public authorities, law enforcement agencies, etc.

2. Other research of the problem

It should be noted that administrative and tort science has certain gaps in this direction. Thus, a number of studies are focused on the general issues of administrative liability

¹ Verkhovna Rada of Ukraine (2010). Tax Code of Ukraine: Law of Ukraine dated from December 02, 2010 № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2755-17> [Податковий кодекс України : Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2755-17>] (access date May 10, 2020).

for the violation of the established procedure for conducting entrepreneurship (the art. 164 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses), and on the other hand – on the issues of administrative and commercial liability of taxpayers, etc.

In turn, the problematic issue of administrative liability for illegal fuel trade was not studied enough, except for fragmentary positions in the aspect of administration of excise goods.

This is primarily due to the imperfection of national legislation in this area and the lack of direct legal norms that can introduce an effective mechanism of administrative liability.

The objective of the study. Thus, trying to correct the existing gap of scientific attention to the issue of administrative liability for illegal fuel trade, the objective of this study will be legal analysis of the chosen direction, search for new approaches and development of propositions to improve national legislation in part of implementing effective legal tools to address existing problems in this area.

Research methods. A number of methods of scientific cognition have been used in the process of research. First of all, by using the method of system approach, the author has offered own model of constructing the mechanism of administrative liability.

In turn, the method of systematic analysis allowed the author of the research to analyze the existing law enforcement court practice of bringing a person to administrative liability, to distinguish the main shortcomings and, on this basis, to offer own view on lawmaking directions.

3. Main part

At the beginning of the analysis it is necessary to conduct the detailed research how is the mechanism of administrative liability for illegal fuel trade built now?

As one knows, the mechanism of bringing to administrative liability should be understood as a set of interrelated measures of material and technical, organizational and managerial, special and legal nature, carried out by public authorities and their officials and are intended to ensure administrative prosecution of perpetrators².

We can distinguish the main parts of such a mechanism? This mechanism includes:

- legal norm that establishes administrative liability;
- legal composition of an offense (subject, object, subjective and objective aspects of an offense);
- leading subject of applying legal norm;
- procedure of applying liability (including, application of measures of ensuring proceedings in cases on administrative offenses).

That is, a simple classical formula of the model of administrative liability mechanism is demonstrated: a norm – offense – subject of the norm's application – procedure.

We offer to consider separately the components of this model.

A detailed analysis of the provisions of the Code of Ukraine on Administrative Offenses (hereinafter – CUAO) allows us to conclude that there are at least three

² Belikova, O.V. (2013). The mechanism of implementing measures of administrative responsibility for violations in land relations in Ukraine. *Administrative law and process*, no. 4(6), pp. 132–139 [Белікова О.В. Механізм реалізації заходів адміністративної відповідальності за правопорушення в сфері земельних відносин в Україні. *Адміністративне право і процес*. 2013. № 4(6). С. 132–139].

types of administrative offenses that may cover the raised issue: part 1 of the art. 160, the art. 161 and the art. 164 of the CUAO.

Let's consider each of them separately and focus on the problems of their application in case of illegal sale of fuel.

Part 1 of the art. 160 of the CUAO stipulates administrative liability for sale "from hands", sale of industrial goods, sale in the places not established for this purpose. That is, the objective aspect of the offense covers actions related to the sale of goods that are manufactured industrially and the commission of such actions in places where this sale is strictly prohibited.

For the most part, citizens are prosecuted for this offense for one-time, episodic cases of selling small goods on the streets, squares, etc., which violates the established order of trade, creates inconvenience to citizens, spoils the overall picture of a modern, tidy city.

But the application of this norm in case of illegal sale of fuel is problematic from the standpoint that the "excise" of the goods sold, the possible negative impact on safety and environmental status. One should agree that spilling milk or sunflower oil is, for example, less harmful to the environment than spilling fuel oil or diesel fuel.

Besides, the objective aspect of this offense provides the mandatory presence of a prohibited place of sale (streets, squares, courtyards, porches, etc.). In reality, the sale of fuel more often takes place in equipped places of sale at gas stations, but without the presence of statutory permits.

Thus, it is logical to conclude about the erroneousness and inappropriateness of the qualification of such actions under the art. 160 of the CUAO.

The second possible legal qualification of the considered tort actions is the art. 161 of the CUAO (illegal supply or purchase of gasoline or other fuels and lubricants), which provides administrative liability for illegal supply or purchase of gasoline or other fuels and lubricants belonging to state or public enterprises, institutions and organizations, in the absence of embezzlement features.

Problematic aspect of legal enforcement of this norm is its outright obsolescence. Thus, the objective aspect of this offense includes the mandatory presence of the subject matter of the offense – fuel belonging to state or public entities. Thus, the narrowing of the objective aspect of the offense precludes its application during the sale of fuel belonging to private entities, including citizens.

The third option for the qualification of the analyzed illegal actions is to bring the offender to administrative liability under part 1 of the art. 164 of the CUAO (violation of the procedure for conducting economic activity).

The specified legal norm is rather voluminous, universal and can be applied to the considered legal relations if there are certain conditions. But it is only at the first glance.

Despite the broad objective aspect of this offense, which makes it possible to apply it during various actions of the subject (not only the sale of fuel, but also the implementation of transportation, construction, trade in various goods, other economic activities, etc.), it contains certain flaws that influence its purpose – universality.

Thus, in a detailed analysis of the objective aspect of the offense (the art. 164 of the CUAO – authors' note), we can identify its significant structural shortcomings, which in many cases makes it impossible for its controlling entities.

Part 1 of the art. 164 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses provides liability for:

- carrying out economic activity by a citizen without state registration as a business entity;
- carrying out economic activity by a citizen without submitting a notice of commencement of economic activity, if the obligation to submit such a notice is provided by law;
- carrying out economic activity by a citizen without obtaining a license to conduct this type of economic activity that is the subject to licensing in accordance with the law;
- carrying out economic activity by a citizen during the period of suspension of the license, if the legislation does not provide the conditions of conducting license activity during the period of suspension of the license;
- carrying out economic activity by a citizen without obtaining a permit, if its receipt is provided by law (except cases of applying the principle of tacit consent)³.

Administrative liability arises in the presence of at least one of the listed illegal actions.

But the main problem of the application of part 1 of the art. 164 of the CUAO during the qualification of actions on illegal sale of fuel, is existence of the objective aspect's construction of an offense of the category of "economic activity" in a design party.

According to the provisions of the Commercial Code of Ukraine, economic activity means the activities of economic entities in the field of social production, aimed at manufacturing and selling products, performing works or providing services of a cost nature that have a price.

In turn, economic activity carried out to achieve economic and social results and for getting profit is considered entrepreneurship, and business entities – as entrepreneurs⁴.

Further legal analysis of the provisions of the Commercial Code of Ukraine allows us to conclude that the current national legislation considers entrepreneurship as an independent, proactive, systematic, implemented by the entity at its own risk economic activities carried out by business entities (entrepreneurs) in order to achieve economic and social results and profit (the art. 42 of the Commercial Code of Ukraine).

Thus, entrepreneurial activity is one of the types of economic activity, a mandatory feature of which is, in particular, the regularity of its implementation in order to make a profit.

It is the feature of systematic activity of the subject is the main sticking point, which, in many cases, prevents the offender from being prosecuted.

³ Verkhovna Rada of the Ukrainian Soviet Socialist Republic (1984). Code of Ukraine on Administrative Offenses: Law of Ukraine dated from December 07, 1984 № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/ed20200514> [Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X / Верховна Рада Української Радянської Соціалістичної Республіки. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/ed20200514>] (access date May 10, 2020).

⁴ Verkhovna Rada of Ukraine (2003). Commercial Code of Ukraine: Law of Ukraine dated from January 16, 2003 № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> [Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>] (access date May 10, 2020).

Analysis of law enforcement court practice allows us to conclude that there is currently a stable model of understanding the features of systematic activity, as its implementation at least three times in one calendar year (resolution of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine “On the practice of application of legislation on liability for certain crimes in the sphere of economic activity” dated from April 25, 2003 № 3)⁵.

Thus, one of the main points to be proved during the prosecution under part 1 of the art. 164 of the CUAO are the repeated facts of selling fuel by the guilty party. This feature of the component of proving the illegality of the offender’s actions requires the authorized entity to perform long and similar actions related to the fixation of three cases of fuel sales. In turn, single and double cases of fuel sales are not covered at all by the objective aspect of part 1 of the art. 164 of the CUAO.

For example, the case on administrative offense under part 1 of the art. 164 of the CUAO was closed because of the absence of corpus delicti of administrative offense in actions of the person in accordance with the decision of the Chernihiv District Court of Chernihiv region dated from December 12, 2019 in the case № 748/2958/19.

In particular, the court noted: “Considering the provided evidence, explanations PERSON_1, lack of data on the sale of diesel fuel and systematic implementation of such economic activities, the court concludes that the actions of PERSON_1 did not have corpus delicti of administrative offense under part 1 of the art. 164 of the CUAO”⁶.

Similar conclusions were made by the courts during the consideration of other cases: № 283/916/20 (Malynskyi District Court of Zhytomyr region)⁷, № 644/203/20 (Ordzhonikidzevskyi District Court of Kharkiv City)⁸, № 601/646/19 (Kremenetskyi District Court of Ternopil region)⁹, etc.

⁵ Supreme Court of Ukraine (2003). On the practice of courts application of the legislation on liability for certain crimes in the economic sphere: Resolution of the plenum of the Supreme Court of Ukraine dated from April 25, 2003 № 3. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va003700-03> [Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 3 / Верховний Суд України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va003700-03>] (access date May 10, 2020).

⁶ Chernihiv District Court of the Chernihiv Region (2019). Resolution of the Chernihiv District Court of the Chernihiv Region dated from December 12, 2019 in the case № 748/2958/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86297050> [Постанова Чернігівського районного суду Чернігівської області від 12 грудня 2019 р. у справі № 748/2958/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86297050>] (access date May 10, 2020).

⁷ Malyn District Court of the Zhytomyr Region (2020). Resolution of the Malyn District Court of the Zhytomyr Region dated from May 04, 2020 in the case № 283/916/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89041788> [Постанова Малинського районного суду Житомирської області від 4 травня 2020 р. у справі № 283/916/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89041788>] (access date May 10, 2020).

⁸ Ordzhonikidze District Court of Kharkiv (2020). Resolution of the Ordzhonikidze District Court of Kharkiv dated from February 5, 2020 in the case № 644/203/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87444760> [Постанова Орджонікідзевського районного суду міста Харкова від 5 лютого 2020 р. у справі № 644/203/20. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87444760>] (access date May 10, 2020).

⁹ Kremenets District Court of Ternopil region (2019). Resolution of the Kremenets District Court of Ternopil region dated from April 16, 2019 in the case № 601/646/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81198440> [Постанова Кременецького районного суду Тернопільської

Taking into account the above, it should be noted that the application of part 1 of the art. 164 of the CUAO, during illegal sale of fuel, demands from the subject to draw up the minutes on administrative offense of collecting corresponding and convincing evidence, which would testify to repeated (systematic) commission of the specified illegal actions by the perpetrator directed on getting profit from sale of fuel. A person's one-time (non-systematic) action related to the sale of fuel without permits provided by law (primarily license for the sale of fuel) or without state registration of the offender as a business entity is not covered by the objective aspect of part 1 of the art. 164 of the CUAO and does not constitute an administrative offense.

For the full analysis of the current norms establishing administrative liability for illegal sale of fuel, it is necessary to distinguish the possibility of applying administrative and economic sanctions to the perpetrator based on the provisions of the Law of Ukraine "On state regulation of production and circulation of ethyl, cognac and fruit alcohol, alcoholic beverages, tobacco products and fuel" dated from December 19, 1995¹⁰.

According to the art. 238 of the Commercial Code of Ukraine, administrative and economic sanctions are measures of organizational, legal or property nature, applied by authorized state authorities and local self-government agencies and aimed at stopping the offenses of business entities and eliminating their consequences. In accordance with part 2 of the art. 238 of the Commercial Code of Ukraine, the types of administrative and economic sanctions, conditions and procedure for their application are determined by the Commercial Code of Ukraine, other legislative acts, and the sanctions themselves can be established only by laws¹¹.

Part 2 of the art. 17 of the Law of Ukraine "On state regulation of production and circulation of ethyl, cognac and fruit alcohol, alcoholic beverages, tobacco products and fuel" provides that financial sanctions are applied to business entities (including foreign entities operating through their registered permanent establishments) in the form of fines in case of wholesale or retail trade in fuel without a license.

Decisions on the application of administrative and economic sanctions for fuel trading without obtaining a license are made by the agencies of the State Fiscal Service.

Illegal trade in fuel is often carried out by individuals who deliberately do not register as business entities in order to avoid imposing significant financial sanctions. Based

області від 16 квітня 2019 р. у справі № 601/646/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81198440>] (access date May 10, 2020).

¹⁰ Verkhovna Rada of Ukraine (1995). On state regulation of production and circulation of ethyl, cognac and fruit alcohol, alcoholic beverages, tobacco products and fuel: Law of Ukraine dated from December 19, 1995 № 481/95-BP. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/481/95-%D0%B2%D1%80> [Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв, тютюнових виробів та пального : Закон України від 19 грудня 1995 р. № 481/95-BP / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/481/95-%D0%B2%D1%80>] (access date May 10, 2020).

¹¹ Kulyk, O.I. (2019). Administrative and commercial sanctions for the violations in the sphere of the use of energy from renewable sources. *Scientific Bulletin of Uzhhorod National University. Series "Law"*, issue 56, vol. 1, pp. 113 [Кулик О.І. Адміністративно-господарські санкції за порушення в сфері використання альтернативних джерел енергії. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2019. Вип. 56. Т. 1. С. 113–118].

on the legal nature and purpose of administrative and economic sanctions, it can be concluded that they are only applied to business entities (individuals – entrepreneurs or legal entities). Thus, the application of the provisions of the art. 17 of the Law of Ukraine “On state regulation of production and circulation of ethyl, cognac and fruit alcohol, alcoholic beverages, tobacco products and fuel” to individuals – citizens who are not registered as business entities – is not provided.

Studying the aspect of application of administrative and economic sanctions for fuel trade without obtaining a license, it is necessary to analyze the debatable issue of double liability of the subject.

An authorized entity (the State Fiscal Service of Ukraine) often executes the minutes on administrative offenses under part 1 of the art. 164 of the CUAO with a similar plot of an offense (trade in fuel without the license) during the detection of illegal facts of fuel trade, besides the application of administrative and economic sanction (fine) against the violator in accordance with part 2 of the art. 17 of the Law of Ukraine “On state regulation of production and circulation of ethyl, cognac and fruit alcohol, alcoholic beverages, tobacco products and fuel”.

In our opinion, the specified algorithm of actions of the authorized subjects is wrong and is not based on the norms of the art. 61 of the Constitution of Ukraine, according to which no one can be twice prosecuted of the same type for the same offense.

We believe that the very provision of part 2 of the art. 17 of the Law № 481 should be applied in these legal relations, as a special norm, and the proceedings in the case on administrative offense are subject to closure on the basis of paragraph 8 of the art. 247 of the CUAO (existence of the resolution of the competent agency (an official) on the same fact concerning the person who is brought to administrative liability, on imposing an administrative penalty).

Court practice in these cases is on similar positions (decision of Zhovtovodsk City Court of Dnipropetrovsk region dated from November 13, 2019, case № 176/2113/19)¹².

Officials of the State Fiscal Service of Ukraine and the National Police occupy the major place among the main subjects of exercising liability for the illegal sale of fuel. It is the above-mentioned persons who are empowered by law to draw up the minutes on administrative offenses (in particular, under part 1 of the art. 164 of the CUAO). Besides, as noted above, the agencies of the State Fiscal Service of Ukraine, endowed with the competence to apply administrative and economic sanctions under part 2 of the art. 17 of the Law № 481.

In accordance with the provisions of the art. 265 of the CUAO, these entities have the right, at the stage of administrative investigation, to use, as a measure of ensuring the proceedings, the procedure of seizure of items that are tools or direct objects of the offense: fuel, storage tanks, fuel dispensers, money received from sales, documents, etc.

¹² Zhovtovodsk City Court of Dnipropetrovsk (2019). Resolution of the Zhovtovodsk City Court of Dnipropetrovsk region dated from November 13, 2019 in the case № 176/2113/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85687003> [Постанова Жовтоводського міського суду Дніпропетровської області від 13 листопада 2019 р. у справі № 176/2113/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85687003>] (access date May 10, 2020).

The leading subject in the consideration of cases of administrative offenses for illegal trade in fuel is the court (the art. 221 of the CUAO). The provisions of the Code impose on the court the right to make decisions in cases on administrative offenses in accordance with the art. 284 of the CUAO and making decisions on the fate of the seized items (confiscate or return to the owner).

It should be noted that in accordance with the provisions of the art. 29 of the CUAO, only property owned by the violator may be confiscated. Therefore, in case the violator uses the leased property (for example, fuel storage tanks) during illegal actions, these items cannot be confiscated by the court decision and are subject to return to their rightful owner.

4. Conclusions

Summarizing the above, it should be noted that the mechanism of administrative liability for illegal sale of fuel is characterized by a certain legislative inconsistency and legal imbalance.

The stated problems are caused by the lack of certain special norms that would establish administrative liability for cases of illegal sale of fuel.

In our opinion, the way for effective resolution of the highlighted problems is the introduction of a separate corpus delicti of administrative offense, the objective aspect of which would cover one-time actions related to the facts of illegal sale of fuel without the necessary permits. An example of building a successful objective aspect of the new corpus delicti of the offense may be the disposition of the art. 156 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses, which provides liability for the sale of other excise goods (alcohol and tobacco) without the relevant permits.

The subject of a new offense should be not only a business entity, but also an individual who has reached the age of administrative liability, in accordance with the art. 12 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses, and who operates without the state registration as a business entity.

For this purpose, the draft law № 2515 “On Amendments to the Code of Ukraine on Administrative Offenses to Strengthen Administrative Liability for Illegal Trade in Fuel” was registered in Verkhovna Rada of Ukraine on December 2, 2019.

This draft law, among the above propositions, provides supplementing the provisions of the Code of Ukraine on Administrative Offenses with a new legal corpus delicti of an administrative offense – the art. 161-1 “Violation of the procedure of trade in fuel”¹³.

Besides substantive legal norms, this draft law contains some provisions to adjust some procedural aspects of exercising administrative liability for the illegal sale of fuel.

Thus, it is offered to exclude the possibility of using the institutions of exemption from administrative liability due to the transfer of the case to the consideration of the labor

¹³ Pryputen, D.S., Pavliuk, M.V. (initiat.) (2019). On amending the Code of Ukraine on Administrative Offenses in regard to strengthening administrative liability for illegal trade in fuel: Draft Law of Ukraine № 2515 dated from December 02, 2019. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=67508 [Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо посилення адміністративної відповідальності за незаконну торгівлю паливом : проект Закону України № 2515 від 2 грудня 2019 р. (ініціатори законопроекту: Д.С. Припутень, М.В. Павлюк). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=67508] (access date May 10, 2020).

collective (the art. 21 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses) and due to insignificance (the art. 22 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses) in case of illegal sale of fuel.

Besides, it is offered to amend the art. 265 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses in order to preserve evidence of the offense and to ensure the realization of court decisions, which should establish direct prohibition of transfer of the withdrawn items and documents on storage to the person who is brought to administrative liability.

At the same time, the provisions of the draft law provide a long-expected decision to expand the subjective composition for appealing decisions in cases on administrative offenses. Thus, it is offered to give the right to appeal the decisions not only to the offender and the victim, but also to officials who exercised the minutes on administrative offenses. If the Parliament supports this initiative, the parties to administrative and tort proceedings (the person prosecuted and the subject of exercising the minutes as the actual party to the accusation) will acquire equal procedural rights and opportunities to initiate the appellate review procedure, which can strengthen both control over court actions of the first instance and the quality of rulings, as well as can reduce to some extent the impact of various corruption factors on the activities of judges.

РЕФОРМУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО МЕХАНІЗМУ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННУ ТОРГІВЛЮ ПАЛИВОМ

Дмитро Припутень,

професор кафедри загальноправових дисциплін

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ,

доктор юридичних наук, доцент

orcid.org/0000-0001-8519-8041

d.pryputen@gmail.com

Денис Голобородько,

доцент кафедри адміністративного права, процесу та адміністративної діяльності

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ,

кандидат юридичних наук, доцент

orcid.org/0000-0001-7441-9646

6326060@gmail.com

Стаття зосереджена на дослідженні напрямів реформування національного законодавства у сфері запровадження адміністративної відповідальності за незаконну торгівлю паливом.

Методологічною основою представленої наукової роботи є системний підхід та систематичний аналіз.

Автори запропонували розуміння основних складників авторського механізму адміністративної відповідальності, якими є правова норма, що встановлює відповідальність, її правовий склад, предмет застосування норми та порядок її здійснення.

Автори проаналізували особливості палива як специфічного предмета адміністративно-правового захисту, спричиненого його відношенням до групи підакцизних товарів. Досліджено кваліфікуючі особливості незаконної торгівлі паливом, їх співвідношення

з наявними складниками злочинів, передбачених Кодексом України про адміністративні правопорушення.

Акцентовано увагу на питанні притягнення до адміністративної відповідальності за незаконну торгівлю паливом. Особлива увага приділяється недолікам об'єктивного аспекту низки правопорушень (ст. ст. 160, 161, 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення).

Таким чином, підкреслено, що головний недолік застосування ст. 160 Кодексу України про адміністративні правопорушення (продаж «з рук» у місцях, не встановлених для цієї мети) – це невідповідність його об'єктивного аспекту загальним діям правопорушника, коли незаконний продаж пального здійснюється у призначене місце, проте без необхідних дозволів.

Свою чергою диспозиція ст. 161 Кодексу України про адміністративні правопорушення (незаконне постачання або купівля бензину чи іншого палива та мастил) охоплює лише незаконне постачання або придбання бензину чи іншого палива й мастил, що належать державним або громадським підприємствам, установам та організаціям, без ознак розтрати. Через вищезазначене положення кодексу не можуть застосовуватися під час обігу палива, яке належить фізичним особам.

Також головним недоліком застосування ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення (порушення порядку господарської діяльності) під час незаконного продажу пального є те, що є необхідність довести закономірність такої діяльності, тобто її здійснення не рідше трьох разів на рік.

Для підтвердження цієї позиції автори проаналізували та подали практику суду з посиланням на Єдиний державний реєстр судових рішень.

Для вирішення окреслених проблем запропоновано доповнити Кодекс України про адміністративні правопорушення новою нормою, яка передбачатиме адміністративну відповідальність за порушення встановленого порядку торгівлі паливом, – ст. 161-1 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Об'єктивний аспект цього правопорушення повинен охоплювати разові дії, пов'язані з фактами незаконного продажу пального без необхідних дозволів (наприклад, диспозиція ст. 156 Кодексу України про адміністративні правопорушення, яка передбачає відповідальність за продаж інших підакцизних товарів (алкоголю й тютюну) без відповідних дозволів).

Ключові слова: пальне, акцизний податок, відповідальність, незаконний продаж, господарська діяльність.

DIE AUSÜBUNG DER RELIGIONSFREIHEIT IN DEUTSCHLAND UND BELARUS: EINE RECHTSVERGLEICHENDE STUDIE

Deutschland und Belarus befinden sich, was die Religionslandschaft angeht, in einer vergleichbaren Position. Beide Länder haben zwei große Religionsgemeinschaften, welche das religiöse Leben entscheidend prägen. Auch die Beziehungen zwischen Staat und Kirche entwickeln sich in beiden Ländern nach dem Untergang der kommunistischen Ideologie in einer ähnlichen Richtung und haben das Model eines Kooperationsverhältnisses. Belarus als eine junge Demokratie braucht natürlich noch Zeit, um an die europäischen Menschenrechtsstandards heranzukommen, aber ausgerechnet in der Frage der Gewährleistung von Religionsfreiheiten kann Belarus gut dastehen. In dem Artikel wird jedoch auf die bestehenden Defizite in der belarussischen Verwaltungspraxis eingegangen. Angesichts der Tatsache, dass Belarus nach wie vor kein Mitglied des Europarats ist und dem System der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht angehört, kann die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hier nicht direkt angewandt werden. Als Maßstab wird deswegen die Rechtspraxis des reifen deutschen Demokratiestaates genommen. Der größte Nachholbedarf besteht in Belarus im Vergleich zu Deutschland nach der Meinung des Verfassers dieses Artikels im Bereich der Gewährleistung des Religionsunterrichts an den öffentlichen Schulen sowie des Theologiestudiengangs an den Hochschuleinrichtungen. In Belarus besteht außerdem die strikte Regelung für die Gründung neuer Religionsgemeinschaften, welche nicht den vier traditionellen Konfessionen – Orthodoxen, Katholiken, Juden und Muslimen angehören. In Deutschland gilt die Religionsfreiheit dagegen unterschiedslos für alle Religionsgemeinschaften. Diese und andere Unterschiede werden im diesem Artikel näher untersucht und verglichen, was dem besseren Verständnis zwischen Deutschland, EU und Europarat einerseits und Belarus andererseits beitragen sollte. Zwar ist Belarus noch nicht in den gesamteuropäischen institutionellen und rechtlichen Raum integriert, muss die europäische Perspektive für das Land nicht außer Acht gelassen werden. In letzter Zeit werden intensive Verhandlungen zwischen belarussischen und europäischen Partnern über die Modalitäten eines möglichen Beitritts der Republik Belarus zum Europarat geführt. Beachtlicher weise hat Belarus in den vergangenen Jahren schon zweimal einen solchen Beitrittsantrag gestellt und die Rechtsprechung des EGMR in den einigen Entscheidungen des Verfassungsgerichts für sich als bindend angesehen. Die wirksame Gewährleistung der Religionsfreiheit kann Belarus noch näher zu Europa bringen.

Schlüsselworte: Schutz der Menschenrechte, europäische Menschenrechtsstandards, Verhältnis von Staat und Kirche, Rechtstatus der Religionsgemeinschaften, Einschränkung der Religionsfreiheit, Religionsunterricht, theologische Ausbildung, weltanschauliche Vereinigung, Konfessionsfrieden.



Oleg Schirinsky,
*Rechtskanzlei "Cierech,
 Neviadouski and Partners",
 Lehrstuhl für
 Internationales Privatrecht
 und Europa-Recht
 Belarussische
 Staatsuniversität,
 PhD, Assoziierter
 Professor
 orcid.org/0000-0001-6680-4560
 schirinsky@cnp.by*

1. Einführung

Die Religionsfreiheit¹ gehört zu den Grundfreiheiten, die durch ihre Vielfältigkeit eine enorme Komplexität darstellt – sie kann individuell und kollektiv, positiv und negativ, aktiv und passiv ausgeübt werden. Sie bildet somit den Eckstein einer jeden freien und demokratisch geprägten Gesellschaft, auch wenn die Religion selbst nicht mehr eine zentrale Rolle spielt. Dabei gibt es keine Fertigrezepte, jedes Land, jeder Kulturkreis hat seine eigene Vorgeschichte, die maßgeblich die jeweilige religiöse Landschaft geprägt hat.

Deutschland und Belarus gehören zusammen zu der christlichen Welt, zumindest haben ihre Wurzeln darin. Die Mehrheit der Bevölkerung in den beiden Ländern sind jedoch nicht mehr praktizierende Christen, die jeden Sonntag vollzählig in der Kirche dem Gottesdienst beiwohnen. In Deutschland ist eine westliche Konsumgesellschaft etabliert worden, wo der freien Entfaltung der Persönlichkeit (fast) keine Grenzen gesetzt sind. Belarus trägt seinerseits die Last einer 70 jährigen kommunistischen Herrschaft, welche die Schaffung einer klassen- und religionslosen Gesellschaft zum Ziel hatte. Somit ist die Religionslandschaft in Deutschland wie in Belarus jeher als moderat zu bezeichnen.

Der nächste Anhaltspunkt für beide Länder ist eine multikonfessionelle Gesellschaft. In Deutschland bilden zwei gleich starke Kirchen – evangelische und katholische das Grundgefüge. Es kommen noch orthodoxe, muslimische und jüdische Gemeinden sowie verschiedene Sekten und religiös neutrale Weltanschauungen hinzu. In Belarus machen zwei größten Kirchen – die belarussisch-orthodoxe und die katholische nach verschiedenen Einschätzungen bis zu 95% aller Gläubigen aus. Die belarussisch-orthodoxe Kirche ist der katholischen zahlenmäßig überlegen, zählt man aber die praktizierenden Christen beider Konfessionen, die sich an christlichen Gebote und Riten halten, und nicht bloß ihre konfessionelle Zugehörigkeit deklarieren, verringert sich der Abstand wesentlich. Die Religionslandschaft in Belarus vervollständigen die muslimischen und jüdischen Gemeinden, sowie Jugendsektan und konfessionslose Bürger. Im Großen und Ganzen ist die Konfessionslage in Deutschland und Belarus vergleichbar.

¹ Heimbach-Steins, M. (2012). Religious freedom. A human right under pressure. Paderborn [Heimbach-Steins M. Religionsfreiheit. Ein Menschenrecht unter Druck. Paderborn, 2012. 232 S.]

2. Das Verhältnis von Staat und Kirche

Im europäischen Raum haben sich drei Grundmodelle im Verhältnis von Staat und Kirche herausgebildet:

- strikte Trennung (Frankreich);
- Kooperationsverhältnis (Deutschland);
- Staatskirche (Großbritannien) sowie zahlreiche Varianten der oben genannten Grundmodelle.

In Deutschland ist seit der Weimarer Verfassung 1919, deren Kirchenartikel unverändert in das Grundgesetz aufgenommen wurden, die Trennung von Staat und Kirche postuliert. Das verhindert allerdings die Kooperation miteinander nicht. Für das Kooperationsverhältnis sprechen zunächst zahlreiche Konkordate und Staatskirchenverträge auf Bundes- und Landesebene². Weiterhin können die Religionsgemeinschaften sowie die Weltanschauungsgemeinschaften wie zum Beispiel die „Humanistische Union“ den Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts erlangen, was nicht nur den zwei großen Kirchen vorbehalten worden ist. Auch einige kleinere Kirchen haben einen solchen Status. In letzter Zeit kommen dabei auch muslimische Gemeinschaften in Frage. Das Kooperationsverhältnis betrifft den sozialen Sektor (Caritas mit 600 000 Beschäftigten, Diakonie mit 500 000), die Entwicklungszusammenarbeit, die Förderung von Stipendienwerken (Cusanuswerk), die Erwachsenenbildung, Militärseelsorge, Seelsorge in Gefängnissen und Krankenhäusern. Die Vertreter der Kirchen gibt es in den Rundfunkräten öffentlich- rechtlicher Medien und in dem Nationalen Ethikrat. Am deutlichsten kommt aber das Kooperationsverhältnis zum Schein in der Befugnis der deutschen Kirchen zur Erhebung von Kirchensteuer.

In Belarus hat sich (noch) kein deutlich erkennbares Modell etablieren lassen. Einerseits wird die leitende Rolle der belarussisch-orthodoxen Kirche offiziell anerkannt und ein entsprechender Staatskirchenvertrag abgeschlossen³. Danach arbeitet die belarussische Regierung mit der orthodoxen Kirche in den Bereichen wie Kultur, Ausbildung und Sport zusammen. Über den Abschluss eines Konkordates zwischen dem Heiligen Stuhl und Belarus wurden im Vorfeld der beiden offiziellen Besuche des belarussischen Präsidenten nach Vatikan am 27.04.2009 mit dem Papst Benedikt XVI. und am 21.05.2016 mit dem Papst Franziskus intensive Verhandlungen geführt. Dass die katholische Kirche sich dadurch „emanzipieren“ könnte, darf allerdings bezweifelt werden. Dies spricht aber zunächst für ein Kooperationsmodell nach deutschem Muster.

² Comprehensive contracts with the Catholic and Protestant churches. URL: <https://www.kirchenrecht-online.de/relrecht/stkvertraege.html> [Umfassende Verträge mit der katholischen und den evangelischen Kirchen. URL: <https://www.kirchenrecht-online.de/relrecht/stkvertraege.html>].

³ Cooperation Agreement between the Republic of Belarus and the Belarusian Orthodox Church. URL: <http://exarchate.by/resource/Dir0009/Dir0015/> [Соглашение о сотрудничестве между Республикой Беларусь и Белорусской Православной Церковью. URL: <http://exarchate.by/resource/Dir0009/Dir0015/>].

Siehe dazu: Vashkevich, A. (2006). Legal regulation of state-denominational relations in the Republic of Belarus. *Religious freedom in Central and Eastern Europe between tradition and Europeanization* / ed. by G. Manssen et al. Bern, pp. 163–188 [Vashkevich A. Rechtliche Regelung der staatlich-konfessionellen Beziehungen in der Republik Weißrussland. *Religionsfreiheit in Mittel- und Osteuropa zwischen Tradition und Europäisierung* / hrsg. von G. Manssen u. a. Bern, 2006. S. 163–188].

Andererseits, finden sich sowohl auf verfassungsrechtlicher Ebene als auch auf der Ebene der einfachen Gesetze zahlreiche Formulierungen über die Neutralität des Staates im Bereich der Religion, die Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Betonung des weltlichen Charakters des belarussischen Staates. Die meisten solchen Vorschriften sind als Kalkül aus den europäischen Rechtsnormen übernommen worden, um an die gemeineuropäischen Standards näher zu kommen. Hier mangelt es aber nach wie vor an einen wirksamen Mechanismus der Gewährleistung deklarer Rechte. Somit ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen Staat und Kirche in Belarus offengelassen. Es zeigt sich in der letzten Zeit die Tendenz, dass es zum deutschen Kooperationsmuster, jedoch nicht auf Paritäts-Basis der zwei größten Kirchen, sondern mit Bevorzugung der belarussisch-orthodoxen Kirche neigt.

3. Der Rechtstatus der Religionsgemeinschaften

Die großen Religionsgemeinschaften haben in Deutschland angesichts der ihnen zukommenden Aufgaben überwiegend den Status von öffentlich-rechtlichen Körperschaften⁴. Die kleineren Gemeinschaften haben dagegen meistens einen Vereinsstatus inne. Gemäß Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV erwerben die Religionsgemeinschaften die Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Danach können es rechtsfähige und nichtrechtsfähige Vereine sein. Die Bedeutung der Religionsfreiheit für die Aufrechterhaltung des Landesfriedens lässt den einfachen Vereinsstatus für die Religionsgemeinschaften jedoch als nicht angemessen ansehen. Die Religionsgemeinschaften sind deswegen als *aliud* gegenüber den weltlichen Verbänden eingeordnet⁵. Ein wesentliches Merkmal der Religionsfreiheit in Deutschland ist vollständige Emanzipierung von Religionen und religionsneutralen Weltanschauungen. Deswegen können auch die deutschen Weltanschauungsgruppen die Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts erwerben.

In Belarus sind die Religionsgemeinschaften allein in Form eines Vereins zu gründen. Nur in diesem Falle können sie die Religionsfreiheit im vollen Umfang genießen. Fehlt es an einem Vereinsstatus, so kann die Religionsgemeinschaft praktisch keine religiöse Tätigkeit ausüben, vor allem keine Gottesdiensträume erwerben und keine Massenmedien gründen, § 38 Abs. 1 Religionsgesetz der Republik Belarus (RelG RB). Hier liegt *der erste gravierende Unterschied* zur Rechtslage in Deutschland, wo es die Eintragung einer Religionsgemeinschaft als Verein keine zwingende Voraussetzung für die Ausübung der religiösen Tätigkeit ist, § 21 BGB. In Belarus sind dagegen staatlich nicht registrierte Religionsgemeinschaften in ihrer Tätigkeit sehr begrenzt. So können sich die religiösen Zusammenkünfte nur an den speziell für religiöse Zwecke bestimmten Plätzen versammeln. Das gilt zwar für alle, aber eine nicht registrierte Religionsgemeinschaft hat, wie oben bereits erwähnt, nicht einmal die Möglichkeit, legal einen Gottesdienstraum zu erwerben. Für jede Veranstaltung mit religiösem Inhalt braucht sie deshalb eine Genehmigung. Das

⁴ Zum Rechtsstreit, ob Zeugen Jehovas den Status einer Körperschaft Öffentlichen Rechts erwerben können, weil ihre Mitglieder nicht wählen und „Abtrünnige“ angeblich verfolgt und bedroht werden siehe: BVerwGE.

⁵ Conring, H.-T. (1998). Corporate Religious Freedom in Europe. Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, pp. 219 [Conring H.-T. Korporative Religionsfreiheit in Europa. Frankfurt am Main ; Berlin ; Bern ; New York ; Paris ; Wien, 1998. 250 S.].

gilt für Andachte, Gebetssammlungen, Riten etc. sowohl im Freien, als auch *in privaten Räumlichkeiten*, § 25 Abs. 5 RelG RB. Diese sehr restriktive Vorschrift dient dem Bestandschutz der traditionellen belarussischen Religionsgemeinschaften, die sich weiterhin untereinander in ihrer Rangordnung unterscheiden.

Der Ausgangspunkt bildet Art. 16 Abs. 1 belarussische Verfassung (Verf. RB). Danach werden die Beziehungen zwischen Staat und Religionsgemeinschaft unter *Berücksichtigung derer Einflussnahme* auf die Etablierung der geistigen, kulturellen und staatlichen Traditionen des belarussischen Volkes geregelt. Was das in Detail bedeutet, besagt die Präambel des belarussischen Religionsgesetzes. So wird *die leitende Rolle* der belarussisch-orthodoxen Kirche im historischen Entstehen und der Entwicklung der geistigen, kulturellen und staatlichen Traditionen des belarussischen Volkes ausdrücklich anerkannt. Die katholische Kirche gewinnt lediglich die Anerkennung ihrer geistigen, kulturellen und historischen Rolle auf dem belarussischen Territorium. Schließlich sind von der Gesamtgeschichte des belarussischen Volkes die Evangelisch-lutherische Kirche, das Judentum und der Islam untrennbar. Völlig ausgeklammert sind die Neureligionen, Jugendsekten und religionslose Weltanschauungen. Sie alle haben es schwer, den Vereinsstatus zu erlangen oder eine staatliche Genehmigung für eine Zusammenkunft zu bekommen. Der Wesensgehalt der Religionsfreiheit ist hier leider angetastet, da der einzelne seine innere Überzeugung nach dem belarussischen Recht nicht ungestört ausformen kann⁶.

Anfang der 90er Jahre war die Situation jedoch genau umgekehrt. Der seit drei Generationen herrschende staatliche Atheismus hat die Suche nach dem wahren Gott aus dem Menschenverstand nicht verdrängen können. Sobald die liberale Gesetzgebung die Pforten für die Missionäre aus aller Welt weit geöffnet hat, kamen sie nach Belarus in Scharen. Dabei gab es auch Sekten, bei denen es allein um die Gewinnerzielung ging. Tausende belarussische Bürger waren für die ausländischen Seelenfänger eine leichte Beute, viele von denen haben ihr ganzes Vermögen verloren. Die schwere Wirtschaftslage hat die Abneigung den fremden Predigern gegenüber noch größer gemacht. Ein effektiver Rechtsmechanismus der Bekämpfung der Sekten mit überwiegendem Wirtschaftshintergrund war damals (wie auch vieles mehr) noch nicht vorhanden. So blieb es der belarussischen Regierung nichts mehr übrig, als hart durchzugreifen. Die Folgen waren die geänderte Verfassung und das darauffolgende Religionsgesetz, welche dem Grundsatz der Religionsgleichheit faktisch ein Ende bereitet haben (siehe oben).

Zweifelsohne muss der Staat eigene Bürger vor Betrug und Ausbeutung unter dem Deckmantel der Religion schützen. Auch in Deutschland ist das Misstrauen den Religionssekten gegenüber groß⁷. Die gebotene Neutralität des Staates und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erlauben es dem Staat nicht, die bestimmten Religionen *pauschal*

⁶ Frenz, W. (2009). Handbook on European law, European fundamental rights. Vol. 4. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, Rn. 1607 [Frenz W. Handbuch Europarecht, Europäische Grundrechte. Band 4. Berlin ; Heidelberg : Springer Verlag, 2009. 1717 S.].

⁷ Während in den USA Church of Scientology als Religionsgemeinschaft gilt, wurde sie in Deutschland vom Verfassungsschutz beobachtet. Nach Auffassung der US-Regierung wird die Religionsfreiheit in Deutschland daher beschränkt.

Siehe dazu: International Religious Freedom Report for 2015 / Bureau of Democracy, Human Rights and Labor. URL: <http://www.state.gov/j/drl/rls/irf/religiousfreedom/index.htm#wrapper>.

zu benachteiligen oder sogar auszuselektieren, allein deswegen, weil sie neu oder fremd auf dem belarussischen Boden sind. Die heutige Lage in Belarus ist faktisch so, dass die belarussisch-orthodoxe Kirche staatlich bevorzugt und die anderen traditionellen Religionsgemeinschaften geduldet werden. Für die Neu- oder Fremdreigionen gelten erschwerte Bedingungen, religionsneutrale Weltanschauungen fallen gar nicht in den Schutzbereich der Religionsfreiheit. Das ist *der nächste gravierende Unterschied* zur Rechtslage in Deutschland, wo die Religionsgleichheit sowohl für die kleineren und neuen Religionen als auch für die religionsneutralen Weltanschauungen im vollen Umfang gewährleistet wird. Würde man jedoch die gesamteuropäische Ebene betrachten, so liegt die belarussische Praxis nicht weit von der Praxis einiger Ost-Europäischen Länder.

4. Gründung einer Religionsgemeinschaft

In der Praxis werden die Religionsgemeinschaften in Deutschland meistens als der nichtwirtschaftliche oder Idealverein gegründet. Die Rechtsfähigkeit erwerben solche Vereine durch die Eintragung ins Vereinsregister, § 21 iVm § 55 ff. BGB. Bei der Gründung muss eine Satzung vorliegen und mindestens sieben Gründungsmitglieder vorhanden sein. Eine Religionsgemeinschaft als ein nichtrechtsfähiger Verein kommt seltener vor, da solche Vereine nur beschränkt an dem Rechtsverkehr teilnehmen können. Die Voraussetzungen für die Gründung eines nichtrechtsfähigen Vereins sind noch lockerer – es genügt schon das Vorhandensein von zwei Gründungsmitgliedern und ein Mindestmass an Organisation. Allerdings genießen die Religionsgemeinschaften ihre Religionsfreiheit im vollen Umfang unabhängig von der Rechtsform⁸. Bei der Gründung haben die Mitglieder ein volles Selbstbestimmungsrecht, was die inneren Angelegenheiten der Gemeinschaft betrifft. Die Schranken können nur allgemeiner Natur zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Rechte Dritter sein. Weiterhin muss der wirtschaftliche Aspekt in den ideellen nicht übersteigen, da sonst die Religionsgemeinschaft als ein Unternehmer agiert, die grundsätzlich keine Rechtsfähigkeit besitzen. Bei den pseudoreligiösen Bewegungen mit primär wirtschaftlichen Interessen kann deshalb die Rechtsfähigkeit auch nachträglich entzogen werden⁹.

In Belarus legen § 14, § 15 RelG RB vielmehr strengere Voraussetzungen fest. Für die Gründung einer Religionsgemeinschaft müssen mindestens *zwanzig* volljährige Staatsbürger der Republik Belarus vorhanden sein, die in einem oder mehreren benachbarten Ortsbezirken wohnen. Nur wer die weißrussische Staatsbürgerschaft besitzt, kann die Leitung einer Religionsgemeinschaft übernehmen. Dazu müssen noch folgende Dokumente vorgelegt werden:

⁸ Wallner, L. (2007). State recognition of religious communities, science and religion, publications by the International Research Center for Basic Questions in Science in Salzburg. Vol. 18. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, pp. 322 m. w. N. [Wallner L. Die Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften, Wissenschaft und Religion, Veröffentlichungen des Internationalen Forschungszentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg. Band 18. Frankfurt am Main : Peter Lang Verlag, 2007. 352 S.].

⁹ Groh, K. (2004). Self-protection of the constitution against religious communities .: From the religious privilege of the Association Act to the prohibition of association. Berlin: Duncker Humblot Verlag, pp. 158 ff. [Groh K. Selbstschutz der Verfassung gegen Religionsgemeinschaften.: Vom Religionsprivileg des Vereinsgesetzes zum Vereinungsverbot. Berlin : Duncker Humblot Verlag, 2004. 533 S.].

- eine Satzung in dreifacher Ausfertigung;
- Mitgliederliste mit Personalien und eigenhändiger Unterschrift jedes Mitgliedes;
- Gründungsprotokoll;
- Mietvertrag für den Gottesdienstraum.

Die Bezirksverwaltung trifft die Entscheidung über die Registrierung einer Religionsgemeinschaft innerhalb eines Monats nach Vorlage aller Dokumente.

Für die Neu- und Fremdreigionen zeigt sich die *Ungleichbehandlung* durch den Staat in der Notwendigkeit der Darlegung ihrer Glaubenslehre, insbesondere was die Riten, Bräuche und kultische Praxis betrifft. Der Umfang, Inhalt und Verfahrensordnung für die Selbstangaben bestimmt der Ministerrat der Republik Belarus. Jedenfalls sind die Angaben über die Entstehungsgeschichte, Tätigkeitsformen und Erfüllung von Bürgerpflichten zu machen. Ferner muss die neue Religionsgemeinschaft ihre Stellungnahme in Bezug auf Ehe, Familie sowie allgemeine schulische Bildung und medizinische Behandlung ihrer Mitglieder abgeben.

Die für die Registrierung erforderlichen Angaben bei der Gründung von Neu- oder Fremdreigionsgemeinschaften prüft zunächst das Komitee für Angelegenheiten der Religionen beim Ministerrat der Republik Belarus. Das Komitee regelt auch die Einreise von ausländischen Geistlichen und Missionären sowie zensiert die eingeführte Religionsliteratur und andere Materialien religiösen Inhalts. Seine Stellungnahme ist für die Eintragung ins Vereinsregister entscheidend, § 21 Abs. 4 RelG RB. Die verlängerte Frist für die Stellungnahme des Komitees und die darauffolgende Eintragung beträgt bis zu sechs Monaten, § 17 Abs. 11 RelG RB. Hier ist folgendes zu beachten. Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften wird durch die Pflicht zur Offenlegung der Glaubenslehre eingeengt. Dieser Gefälligkeitszwang verleitet die zu registrierenden Religionsgemeinschaften oft dazu, nicht die wahren Angaben, sondern die von der Verwaltung gewünschten zu machen. Dadurch geht die Transparenz bei der Gründung von Religionsgemeinschaften verloren, was auch die Akzeptanz weder bei den Behörden noch bei der Bevölkerung fördert und ein erhöhtes Mißvertrauen hervorruft.

Die Neufassung des RelG RB von 2002 hat die ganze Religionslandschaft in Belarus verändert und maßgeblich geprägt. Sie verlangte die *Neueintragung* für alle Religionsgemeinschaften in Belarus, auch für diejenigen, die bereits eingetragen worden sind. Viele kleinere Religionsgemeinschaften haben diese Hürde angesichts der erschwerten Bedingungen nicht genommen und wurden aufgelöst. Auch die katholische Kirche hat befürchtet, dass der Zuzug der Priester aus Polen erschwert wird. Die belarussisch-orthodoxe Kirche hat als einzige Gemeinschaft das neue RelG RB begrüßt. Darin hat sie eine entscheidende Maßnahme gegen konkurrierende Sekten und Neureligionen und somit die Stärkung der nationalen Kultur gesehen¹⁰.

¹⁰ Danilov, A., Striker, G. (2005). The right of religious communities in Belarus. *Lienemann, W., Reuter, H.-R. (eds.). The right of religious communities in Central, Eastern and Southern Europe*. Baden Baden: Nomos Verlag, pp. 585 ff [Danilov A., Striker G. Das Recht der Religionsgemeinschaften in Weißrussland. *Das Recht der Religionsgemeinschaften in Mittel-, Ost- und Südeuropa* / W. Lienemann, H.-R. Reuter (Hrsg.). Baden Baden : Nomos Verlag, 2005. S. 569–607]

Auf dem ersten Blick liegen zwischen deutscher und belarussischer Rechtsordnung, welche die Gründung einer Religionsgemeinschaft regeln, die Welten. Aber auch in Deutschland gibt es bestimmte Einschränkungen und Vorbehalte. Bei aller Liberalisierung der Gesetzgebung in Bezug auf die Gründung einer Religionsgemeinschaft, sind die Normen des deutschen Vereinsrechts nicht völlig auszuholen. Es bedarf also doch einer gewissen Organisation, erkennbare Struktur und Organe (auch personifizierte), die nach Außen im Namen der Religionsgemeinschaft treten. Die Religionsausübung findet auch in Deutschland ihre Schranken im Toleranzgebot, sobald sie Einfluss auf die anderen in unerlaubter Weise nimmt. So sind ausdrücklich List und Drohung sowie andere unlautere Mittel bei der Missionierung verboten¹¹. Nicht erlaubt ist den Religionsgemeinschaften, ihre Mitglieder durch Zwang zum Bleiben zu überreden¹². Solche Fehlpraktiken sind aber gerade bei den Sekten und pseudoreligiösen Bewegungen in Belarus vorgekommen, und auf ihre Bekämpfung war die Neufassung des RelG RB speziell eingerichtet.

Fraglich ist in dieser Hinsicht, ob der belarussische Staat die Prüfung einer Religionsgemeinschaft auf ihre Loyalität vornehmen darf. Die deutsche und die gesamteuropäische Rechtspraxis verneinen eindeutig diese Befugnis der Registrierungsbehörden. Andererseits sind die Fakten veröffentlicht, wonach die amerikanischen Geheimdienste die personenbezogenen Daten im europäischen Rechtsraum sammeln. Solche Praktiken widersprechen der liberalen deutschen und europäischen Gesetzgebung, der deutsche Bundesnachrichtendienst ist aber nicht ganz daran unbeteiligt und hat zumindest Kenntnis davon erlangt. Wer ins Visier der Geheimdienste geraten ist, kann man durchaus vermuten. Es sind in erster Linie islamische Fundamentalisten und extremistische Jugendsekte. Im Endergebnis bleibt festzustellen – die Neu- und Fremdreigionen sowohl in Deutschland als auch in Belarus treffen auf ein Misstrauen von den Seiten der Behörden. Der deutsche Kontrollmechanismus ist subtil, aber angesichts der engen Mitarbeit mit den amerikanischen Geheimdiensten beinahe global. In Belarus ist eine solche Feinmechanik noch nicht in Gang gesetzt. Fehlende Möglichkeiten der globalen Überwachung von Sekten und pseudoreligiösen Bewegungen erhofft die belarussische Regierung durch strenge Kontrolle vor Ort und Pflicht zu Selbstangaben zu ersetzen.

Jedoch muss die strenge Handhabung des Religionsrechts auch in Belarus ihre Grenze finden. So kann sich der belarussische Staat in einem rein dogmatischen Streit zwischen verschiedenen Strömungen einer traditionellen Religion keine Seite bevorzugen. Hier geht es weder um eine Sekte noch um eine pseudoreligiöse Bewegung. Der Grundsatz der Religionsgleichheit und die Neutralitätspflicht des Staates verbieten die staatliche Einmischung im Falle einer Abspaltung von einer traditionellen Religionsbewegung. Allerdings haben die belarussischen Behörden im Streit innerhalb der orthodoxen Kirche eindeutig die Seite der Belarussisch-

¹¹ Frenz, W. (2009). Handbook on European law, European fundamental rights. Vol. 4. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, Rn. 1622 [Frenz W. Handbuch Europarecht, Europäische Grundrechte. Band 4. Berlin ; Heidelberg : Springer Verlag, 2009. 1717 S.].

¹² Frenz, W. (2009). Handbook on European law, European fundamental rights. Vol. 4. Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, Rn. 1622 [Frenz W. Handbuch Europarecht, Europäische Grundrechte. Band 4. Berlin ; Heidelberg : Springer Verlag, 2009. 1717 S.].

orthodoxen Kirche Moskauer Patriarchats genommen und die Gründung einer autokephalen Belarussisch-orthodoxen Kirche verhindert. Das Untersagungsgrund war die „Gefährdung der Einheit von (Gesamt)Russisch-orthodoxen Kirche“¹³. Hier zeigt sich erneut die starke Neigung der belarussischen Regierung zur größten Konfession in Belarus. Solche Verhaltensweise ist ein weiteres Indiz für die faktische Erhebung der Orthodoxie zur Staatsreligion in Belarus.

5. Verbot einer Religionsgemeinschaft

Nach dem deutschen Recht kann ein Vereinsverbot gegen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften gemäß § 2 Abs. 2 dVereinsG ausgesprochen werden. Bis Anfang 2002 waren diese Gemeinschaften noch keine Vereine im Sinne dieses Gesetzes aufgrund der Ausnahmeregelung § 2 Abs. 2 № 3 dVereinsG, so dass ein direktes Verbot nicht möglich war. Das deutsche TerrorismusbekämpfungG14 hat allerdings diese Ausnahmeregelung aufgehoben. Im Gesetzentwurf hat die Bundesregierung die spezielle Zielgruppe eines potentiellen Direktverbots ausdrücklich genannt. So richtet sich die Neufassung des Vereinsgesetzes gegen „fundamentalistisch-islamistische Vereinigungen, die zur Durchsetzung ihrer Glaubensüberzeugungen Gewalt gegen Andersdenkende nicht ablehnen, Vereinigungen mit Gewinnerzielungsabsicht oder politischen Zielen, die für sich den Status einer religiösen beziehungsweise weltanschaulichen Vereinigung reklamieren und im Rahmen von Vereinsverbotsverfahren Prozessrisiken hinsichtlich der Beurteilung ihres Vereinigungscharakters aufwerfen und bislang nur im Ausland mit Tötungsdelikten und Massenselbstmorden aufgetretene Weltuntergangssekten“¹⁵. Der deutsche Gesetzgeber hat ins Visier die religiösen und weltanschaulichen Vereinigungen genommen, die durchaus als „fremd“ oder „neu“ bezeichnet werden können. Allerdings ist der Kreis der „Verdächtigen“ im Unterschied zu belarussischen Rechtslage *klar* definiert und das Verbot für eine religiöse Vereinigung kann nur aus einem wichtigen Grund und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Nach dem deutschen Rechtsverständnis können sogar strafrechtliche Vorschriften zum Schutz vom Menschenleben vor der Glaubensfreiheit zurücktreten¹⁶.

¹³ Danilov, A., Striker, G. (2005). The right of religious communities in Belarus. *Lienemann, W., Reuter, H.-R. (eds.). The right of religious communities in Central, Eastern and Southern Europe*. Baden Baden: Nomos Verlag, pp. 579 [Danilov A., Striker G. Das Recht der Religionsgemeinschaften in Weißrussland. *Das Recht der Religionsgemeinschaften in Mittel-, Ost- und Südeuropa* / W. Lienemann, H.-R. Reuter (Hrsg.). Baden Baden : Nomos Verlag, 2005. S. 569–607].

¹⁴ BGBL 2002 I № 3.

¹⁵ Bundesrats-Drucksache 724/01 vom 20.09.2001 mit zustimmendem Beschluss des Bundesrates vom 27.09.2001, zit. nach: Wallner, L. (2007). State recognition of religious communities, science and religion, publications by the International Research Center for Basic Questions in Science in Salzburg. Vol. 18. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, pp. 330 [Wallner L. Die Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften, Wissenschaft und Religion, Veröffentlichungen des Internationalen Forschungszentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg. Band 18. Frankfurt am Main : Peter Lang Verlag, 2007. 352 S.].

¹⁶ BVerfGE 32, 98; Robbers, G. (2005). State and Church in the Federal Republic of Germany. *State and Church in the European Union* / G. Robbers (ed.). 2nd ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, pp. 87 [Robbers G. Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland. *Staat und Kirche in der Europäischen Union* / G. Robbers (Hrsg.). 2. Aufl. Baden-Baden : Nomos Verlag, 2005. S. 82–101].

Die Verbotsgründe für eine religiöse Vereinigung in Belarus nennt § 39 Abs. 2 RelG RB. Das sind insbesondere Kriegspropaganda oder Extremismus, Verletzung der Menschenrechte sowie Verhinderung der Erfüllung von Pflichten, die sich aus staatlichen, öffentlichen oder familiären Beziehungen ergeben. Ferner kann eine religiöse Vereinigung verboten werden, wenn ihre Tätigkeit die Gesundheit von Menschen oder Sittlichkeit gefährdet. Die Aufzählung von Verbotsgründen ist nicht abschließend. Ausdrücklich sind die religiösen Vereinigungen in den staatlichen Einrichtungen, Militärtruppen und Bildungseinrichtungen verboten. Darin ist eine gewisse Parallelität zu deutscher Rechtsordnung zu sehen, bemerkenswert sind jedoch die Unterschiede verfahrensrechtlicher Natur.

In Deutschland kann ein Verbot für religiöse oder weltanschauliche Vereine vom Innenminister ausgesprochen werden. Dagegen kann allerdings vor Verwaltungsgerichten geklagt werden. Das Verbot kann dementsprechend nur aufgrund der Gerichtsentscheidung rechtswirksam werden.

In Belarus genügt bereits der Beschluss einer örtlichen Verwaltungsbehörde, der mit sofortiger Wirkung die Tätigkeit einer religiösen Gemeinde einstellen kann, § 37 RelG RB. Zwar wird diesbezüglich ein Gerichtsverfahren eingeleitet, dennoch bleibt die Tätigkeit des Religionsvereins weiterhin unerlaubt. Nur die Aufhebung des Verbotsbeschlusses durch das Gericht kann seine Legitimation wiederherstellen. Die Analyse der belarussischen Rechtssprechung zeigt jedoch, dass die Gerichte nur selten die Rechtsakten der Behörden für rechtswidrig erklären.

Auch im Falle eines Widerrufs des rechtswidrigen Verbotsbeschlusses steht dem „freigesprochenen“ religiösen Verein kein Anspruch auf Entschädigung aus RelG RB zu. Einem erneuten Verbotsbeschluss aus einem anderen Grund steht daraus resultierend nichts im Wege. Mit diesem „Nachschieben“ von Verbotsgründen kann die örtliche Verwaltung jeden in ihre Ungnade geratenen religiösen Verein auch ohne Gerichtsentscheidung faktisch verbieten oder aus dem Rechtsfeld verdrängen. Das Fehlen eines wirksamen Rechtsschutzes für religiöse Vereine, die nicht dem „Mainstream“ angehören, wird in Belarus zu Recht kritisiert. Betroffen sind, wie oben bereits mehrfach erwähnt, kleine religiöse Vereinigungen, die von der Mehrheit der Bevölkerung gar nicht wahrgenommen werden. Allerdings müssen auch solche Religionsgemeinschaften entsprechende Rechtsgarantien gegen die Willkür der örtlichen Verwaltung haben. Zumindest die Möglichkeit einer Hausandacht (*devotio domestica*) muss für die Religionsgemeinschaften bis zum Verbot durch das ordentliche Gericht erhalten bleiben, solange keine Menschenrechte, öffentliche Sicherheit oder Moral betroffen sind¹⁷. Auch das Selbstbestimmungsrecht der kleinen Religionsgemeinschaften muss in Belarus besser gewährleistet werden. Die Registrierungsbehörden sollen nur die Ausschlussgründe prüfen und nicht eine generelle Ermächtigung zur Prüfung aller Belange der zu gründenden religiösen Vereinigung haben.

¹⁷ Wallner, L. (2007). State recognition of religious communities, science and religion, publications by the International Research Center for Basic Questions in Science in Salzburg. Vol. 18. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, pp. 332 [Wallner L. Die Staatliche Anerkennung von Religionsgemeinschaften, Wissenschaft und Religion, Veröffentlichungen des Internationalen Forschungszentrums für Grundfragen der Wissenschaften Salzburg. Band 18. Frankfurt am Main : Peter Lang Verlag, 2007. 352 S.].

6. Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen

Die öffentlichen Schulen in Deutschland sind konfessionell gebunden oder bekenntnisfrei. Der Religionsunterricht ist jedoch an allen staatlichen Schulen ein ordentliches Unterrichtsfach mit Ausnahme von Bremen, Berlin, und Brandenburg. Auch die anderen Konfessionen haben die Möglichkeit, einen Religionsunterricht einzuführen. Voraussetzung dafür ist die Erreichung der jeweils durch Landesgesetzgebung festgelegten Mindestschüleranzahl. Die wenigen nichtkonfessionellen Privatschulen (zum Beispiel Waldorf-Schulen) haben in der Regel ein Unterricht in Religionskunde oder Ethik eingeführt¹⁸. Die religiöse Neutralität des Staates steht dem Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen in Deutschland nicht entgegen, weil der Staat die religiösen Gefühle der Staatsbürger weder stärken noch unterdrücken darf. Er ist wie ein Thermometer, der keine eigene Temperatur besitzt und nur die Temperatur der Umgebung wiedergibt. Hier haben die Eltern und ab dem 14. Lebensjahr die Schüler selbst einen Entscheidungsspielraum¹⁹. In Frankreich oder in den USA wäre dagegen ein obligatorischer Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen als Verstoß gegen die Neutralitätspflicht des Staates bewertet²⁰. In Deutschland ganz umgekehrt: eine Abwertung des obligatorischen Religionsunterrichts an allen öffentlichen Schulen würde eine Stellungnahme des Staates *gegen* die Religion bedeuten, was der religiös neutrale Staat nicht machen darf²¹.

In Belarus ist die Ausgangslage ganz anders. Die Mehrheit der Bevölkerung wuchs in einer religionsfeindlichen Umgebung auf. Nur zur Zeit der Perestrojka konnten die Sowjetbürger die Religionsfreiheit ungestört ausüben und viele wussten ja gar nicht, was die Religion bedeutet. Die sowjetische Verfassung von 1977 hat den Grundsatz des Staats-

¹⁸ Wall, H. de. (2002). The relationship between state and church in Germany. *Kämper, B., Schlagheck, M. (eds.). Between national identity and European harmonization. On the basic tension of the future relationship between society, state and church in Europe.* Berlin, pp. 95 [Wall H. de. Das Verhältnis von Staat und Kirche in Deutschland. *Zwischen nationaler Identität und europäischer Harmonisierung. Zur Grundspannung des zukünftigen Verhältnisses von Gesellschaft, Staat und Kirche in Europa* / B. Kämper, M. Schlagheck (Hrsg.). Berlin, 2002. S. 85–100].

¹⁹ Die Eltern können die Schüler bis zum 14. Lebensjahr vom Religionsunterricht abmelden. Ab dem 14. Lebensjahr können sich die Schüler selbst abmelden (Religionsmündigkeit).

²⁰ Lorz, R.A. (1998). State, Churches, and Public Education in the United States. An overview based on the jurisdiction of the Supreme Court. *Public education in the area of conflict between state and church: Country reports and general report of the 26th conference for comparative law from September 24 to 27, 1997 in the Karl-Franzens University Graz* / E. Riedel (ed.). Baden-Baden, pp. 155–175 [Lorz R.A. Staat, Kirchen und öffentliches Schulwesen in den USA. Ein Überblick anhand der Rechtsprechung des Supreme Court. *Öffentliches Schulwesen im Spannungsfeld von Staat und Kirche: Länderberichte und Generalbericht der 26. Tagung für Rechtsvergleichung vom 24. bis 27. September 1997 in der Karl-Franzens Universität Graz* / E. Riedel (Hrsg.). Baden-Baden, 1998. S. 155–175].

²¹ Wall, H. de. (2002). The relationship between state and church in Germany. *Kämper, B., Schlagheck, M. (eds.). Between national identity and European harmonization. On the basic tension of the future relationship between society, state and church in Europe.* Berlin, pp. 95 m w. N. [Wall H. de. Das Verhältnis von Staat und Kirche in Deutschland. *Zwischen nationaler Identität und europäischer Harmonisierung. Zur Grundspannung des zukünftigen Verhältnisses von Gesellschaft, Staat und Kirche in Europa* / B. Kämper, M. Schlagheck (Hrsg.). Berlin, 2002. S. 85–100].

Kirchen-Verhältnisses klar definiert: „In der UdSSR sind die Kirche vom Staat und die Schule von der Kirche getrennt“, Art. 52 Abs. 2. Dieser Grundsatz behält nach wie vor, zumindest in Bezug auf die öffentlichen Schulen, seine Aktualität. In Belarus sind die öffentlichen Schulen bekenntnisfrei und an keine Konfession gebunden. Lediglich die Sonntagsschulen dürfen die Religionsgemeinschaften unterhalten. Dort werden die Gläubigen verschiedenen Altersgruppen in die Grundlagen jeweiliger Religionslehre einführt.

Eine indirekte Möglichkeit des Religionsunterrichts an den öffentlichen Schulen außerhalb des regulären Stundenplans eröffnet Art. 9 Abs. 4 RelG RB. Er sieht die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Erziehungsanstalten und registrierten religiösen Organisationen im Bereich der Jugenderziehung vor. Voraussetzungen dafür ist die schriftliche Zustimmung der Eltern. Vor allem belarussisch-orthodoxe Kirche kann darauf berufen, weil es hier erneut auf die auf die Etablierung der geistigen, kulturellen und staatlichen Traditionen des belarussischen Volkes Bezug genommen wird. Allerdings verhält sich auch sie angesichts des seit Sowjetzeit geprägten Verständnisses des religionslosen Unterrichts an den öffentlichen Schulen sehr zurückhaltend, so dass ein schulischer Religionsunterricht immer noch eine Ausnahme darstellt²².

7. Theologische Ausbildung an staatlichen Hochschulen

In Deutschland gibt es insgesamt 18 evangelische und 11 katholisch-theologische Fakultäten an staatlichen Universitäten²³. Die weltanschauliche Neutralität des deutschen Staates steht diesem nicht im Wege, weil dies aus staatlicher Sicht ein Teil traditionsreicher Bildungs- und Kulturpflege ist²⁴. Die Garantien der theologischen Fakultäten sind in den jeweiligen Landesverfassungen, Konkordaten und Staatskirchenverträgen verankert. Das Selbstbestimmungsrecht der beiden Großkirchen zeigt sich darin, dass die Ernennung von Theologie-Professoren nur mit kirchlicher Zustimmung erfolgen kann. Außerdem gibt es noch eine kleine Universität Eichstätt, die sich in der Trägerschaft der katholischen Kirche befindet, und eine Reihe von Hochschulen für Theologie sowie zur Ausbildung von Kirchenmusikern. Insgesamt verfügt Deutschland über ein solides theologisches Hochschulwesen.

In Belarus war das ganze System der Theologieausbildung während der Sowjetzeit fast vollständig zerstört. Erst nach dem Ende des zweiten Weltkrieges wurden in der

²² Danilov, A., Striker, G. (2005). The right of religious communities in Belarus. *Lienemann, W., Reuter, H.-R. (eds.). The right of religious communities in Central, Eastern and Southern Europe*. Baden Baden: Nomos Verlag, pp. 590 [Danilov A., Striker G. Das Recht der Religionsgemeinschaften in Weißrussland. *Das Recht der Religionsgemeinschaften in Mittel-, Ost- und Südeuropa* / W. Lienemann, H.-R. Reuter (Hrsg.). Baden Baden : Nomos Verlag, 2005. S. 569–607].

²³ Darüber hinaus gibt es Universitätsinstitute für katholische Theologie, die der Lehrerbildung dienen. Weiterhin gibt es an den Bundeswehruniversitäten je einen katholischen und evangelischen Lehrstuhl für Theologie. Vgl.: <http://www.katholische-theologie.info/>.

²⁴ Wall, H. de. (2002). The relationship between state and church in Germany. *Kämper, B., Schlagheck, M. (eds.). Between national identity and European harmonization. On the basic tension of the future relationship between society, state and church in Europe*. Berlin, pp. 94 [Wall H. de. Das Verhältnis von Staat und Kirche in Deutschland. *Zwischen nationaler Identität und europäischer Harmonisierung. Zur Grundspannung des zukünftigen Verhältnisses von Gesellschaft, Staat und Kirche in Europa* / B. Kämper, M. Schlagheck (Hrsg.). Berlin, 2002. S. 85–100].

UdSSR insgesamt acht russisch-orthodoxe Priesterseminare zugelassen, eins davon in Belarus, in Minsker Vorort Žirovitschi. Das war der Dank der sowjetischen Führung für die Unterstützung der russisch-orthodoxen Kirche im Kampf gegen die deutsche Wehrmacht. Damit war aber schnell Schluss, als Nikita Chruschtschow wieder eine antiklerikale Kampagne 1958 startete. Hunderte von Kirchen, welche die Revolution und beide Weltkriege überstanden haben, wurden zerstört und die Priesterseminare mit einer einzigen Ausnahme geschlossen. Erst mit dem Beginn von Perestroika konnten die Priesterseminare ihren Lehrbetrieb wiederaufnehmen. Das oben genannte Priesterseminar in Žirovitschi wurde 1989 wiedereröffnet und 1995 um eine Geistliche Akademie für die Ausbildung von höherrangigen Kirchenkadern erweitert. Die katholische Kirche zog gleich mit und hat zwei Priesterseminare in Grodno (1990) und Pinsk (2001) gegründet. Auch die Protestanten unterhalten einige ihrer Seminare. Erwähnenswert sind vor allem das Minsker Theologische Seminar vom Bund der Evangeliumschrsten-Baptisten (2001) und die Theologische Hochschule der Pfingstchristen (1996 in Minsk). Die jüdischen Gemeinden verfügen jetzt über religiöse Fernkurse „Ieshibot“ (1993) und ein Colleg (1995) sowie über eine Filiale der Offenen Universität Israels (1993). Bei den Muslimen gibt es zurzeit keine Ausbildungsstätte für Geistliche.

Alle Konfessionen in Belarus haben gemeinsam, dass es einen gravierenden Mangel an einheimischen Geistlichen gibt und die belarussische Staatssprache für die theologische Ausbildung nur teilweise Anwendung findet. So werden die Priesterseminare für die orthodoxen Geistlichen fast ausschließlich auf Russisch und für die katholischen überwiegend auf Polnisch durchgeführt. Das führt zu einer bestimmten Kluft zwischen dem Klerus und der Bevölkerung und hebt einen gewissen Grad an Misstrauen hervor. Der belarussische Staat, der eine enge Verbindung zumindest mit der belarussisch-orthodoxen Kirche anstrebt, muss auch Sorge dafür tragen, dass es nicht zu einem starken religiösen Einfluss von außen kommt. Denn die Befürchtungen, die den neuen und fremden Religionen gegenüber ausgesprochen worden sind, können durchaus auch für die traditionellen Religionsgemeinschaften zutreffen, wenn sich das einheimische Element dort nicht zur tragenden Säule entwickeln kann.

8. Fazit

Im Gesamtergebnis kann Republik Belarus besser stehen, als man nach vielen Negativberichten über das Land erwartet hat. Natürlich kann Belarus nicht auf eine Ebene mit Deutschland gestellt werden, was die Gewährleistung der Menschenrechtsstandards, darunter auch die Ausübung der Religionsfreiheit, betrifft. Dennoch ist der interkonfessionelle Frieden und die religiöse Toleranz der Belarussen ein Markenzeichen, das auch für einige europäische Länder als Beispiel dienen kann.

THE EXERCISE OF RELIGIOUS FREEDOM IN GERMANY AND BELARUS: A COMPARATIVE STUDY

Oleg Schirinsky,

Advocate Bureau "Ciarech, Neviadouski and Partners",
Department of the Private International and European Law
of the Belarussian State University,
PhD, Associate Professor
orcid.org/0000-0001-6680-4560
schirinsky@cnp.by

Germany and Belarus are in a comparable position with regard to the religious landscape. Both countries have two large religious communities that decisively shape religious life. Relations between the state and the church also develop in a similar direction in both countries after the fall of the communist ideology and have the model of a cooperation relationship. Belarus as a young democracy, of course still needs time to get to European human rights standards, but Belarus can do well when it comes to ensuring freedom of religion. However, the article deals with the existing deficits in Belarussian administrative practice. Given that Belarus is still not a member of the Council of Europe and does not belong to the system of the European Convention on Human Rights, the case law of the European Court of Human Rights cannot be applied directly here. The legal practice of the mature German democratic state is therefore taken as a yardstick. According to the author of this article, the greatest need to catch up in Belarus compared to Germany is in the area of ensuring religious instruction in public schools and theology in higher education. In Belarus there is also a strict regulation for the establishment of new religious communities that do not belong to the four traditional denominations – Orthodox, Catholics, Jews and Muslims. In Germany, however, religious freedom applies indiscriminately to all religious communities. These and other differences are examined and compared in this article, which should contribute to a better understanding between Germany, the EU and the Council of Europe on the one hand and Belarus on the other. Although Belarus is not yet integrated into the pan-European institutional and legal area, the European perspective for the country does not have to be disregarded. Recently, intensive negotiations between Belarussian and European partners on the modalities of a possible accession of the Republic of Belarus to the Council of Europe have been conducted. Notably, Belarus has made two such applications for accession in recent years and considered the case law of the ECHR to be binding in some of the decisions of the Constitutional Court. The effective guarantee of religious freedom can bring Belarus even closer to Europe.

Key words: protection of human rights, European human rights standards, relationship between state and church, legal status of religious communities, restriction of religious freedom, religious teaching, theological education, ideological association, religious tranquility.

LEGAL FICTIONS FOR ADMINISTRATIVE COURTS

Goal. The paper reveals features of applying administrative procedural legal fictions in order to avoid abuse of the right and evasion of the law when exercising procedural discretion.

Methods. For achievement of research purposes, the author uses special legal methods of scientific knowledge: formal-logical, system-functional, formal-logical, comparative-legal.

Results. Historiography of the legal fictions use has been dealt with. Essence of fictions has been highlighted in the paper as legal anomalies. The use of legal fictions in the administrative process has been detailed, taking into account the Grundnorm theory.

The connection between legal fictions and legal regulations has been revealed. The legal fiction has been described as a reinterpretation of the facts of an event in order to make these facts compatible with the rule, and at the same time allowing to get the correct result. This is a type of legal fiction-reinterpreting X (or class X) as Y in order to avoid an “inconvenient”, unreliable, false, etc. result for the purposes of the law. As a rule, it is recognized that X is not Y . That is, the court considers the creation of a fiction as a legitimate action within the framework of the judicial process; the activity that could be performed without concealment as a discretely true category.

Case law on the application of legal fictions has been described. It has been advised to use legal fictions when considering and resolving disputes, provided that there are false or clearly erroneous judgments in the provisions of existing applicable legal rules. As a consequence, time and resource costs for clarifying the facts of the case and over-motivating the judgment are minimized.

Conclusions. Firstly, features of legal fictions have been highlighted, in particular, for achieving the goals and objectives of administrative proceedings. Secondly, the classification of arguments, methods and approaches to the application of such atypical regulators in the administrative process has been proposed by the “meta” degree: 1) on the fundamental metric – internal, or zero-order arguments; 2) at the derivative definitive level – by defining functional, structural and relative concepts.

Key words: legal framework, tools, anomalies in law, atypical regulators, legal fictions, procedural discretion.



Anna Barikova,
*Legal Office (I) of Analytical
 and Legal Department
 of the Supreme Court,
 Chief Specialist
 National Academy
 of Internal Affairs,
 Academic Researcher,
 Ph.D. in Law
 orcid.org/0000-0002-9707-0106
 anna.barikova@gmail.com*

1. Introduction

Legal fictions play a leading role in shaping the boundaries of procedural discretion because they create an add-on to ensure the unity of law enforcement practices. It is worth noting that the basis for such a superstructure is the application by the administrative court of conflict-of-law rules and principles, valuation concepts and pre-emption categories.

The purpose of the paper is to reveal the features of applying administrative procedural legal fictions in order to avoid abuse of the right and evasion of the law when exercising procedural discretion.

The issue of applying administrative procedural legal fictions has been disclosed in the doctrine by such authors as S.S. Alekseev, V.K. Babaev, D.S. Gudz, A.Y. Ivanskyi, V.M. Kosovych, E.Yu. Marohin, D.I. Mejer, M.A. Pavlova, I.A. Shchukina, T.M. Suprun, O.S. Tkachuk, O.V. Ulianovska, O.V. Zhazhina, et al. At the same time, application of such atypical regulators in the administrative process remains insufficiently studied.

2. Historiography of the application of legal fictions

It is necessary to illustrate the directions and prospects for the use of legal fictions in the administrative proceedings implementation. In explanatory dictionaries, the term “fiction” (from lat. *fictio* – invention) is defined as non-conforming, absent; figment, forgery¹. As a general rule, researchers also support this approach. In particular, O.V. Zhazhina interprets fiction as devise; a technique for summing up reality under a conditional formula². The historiography of the formation and development of legal fictions shows that these categories were considered as anomalies and deviations in law and order, as well as methods for achieving consensus and “reconciliation” between dogmatic, conservative legal thinking and the real needs of social and legal life.

¹ Shchukina, I.A. (2012). Modern explanatory dictionary of the Ukrainian language. Donetsk: LLC “VKF “BAO”, p. 882 [Щукіна І.А. Сучасний тлумачний словник української мови. Донецьк : ТОВ «ВКФ “БАО”», 2012. 960 с.].

² Zhazhina, O.V. (1999). Presumptions and fictions in law. *Formation and development of scientific law schools at state universities of Russia: materials of the All-Russian student scientific and practical conference*, Saint Petersburg, April 29–30, 1999. Saint Petersburg, part 3, pp. 18–22 [Жажина О.В. Презумпции и фикции в праве. Становление и развитие научных школ права в государственных университетах России : материалы Всероссийской студенческой научно-практической конференции, г. Санкт-Петербург, 29–30 апреля 1999 г. Санкт-Петербург, 1999. Ч. 3. С. 18–22].

Actually, the history of the legal fictions formation as a legal category began from the time of Ancient Rome. It refers to the power of judicial magistrates (praetors) to provide judicial protection under circumstances not established by the provisions of law in the manner of issuing an edict on actions with fiction³. At that time, the fictions did not cover the institutions of substantive law, although they did concern the protection of the rights, freedoms and legitimate interests of the citizens of the Roman Empire in the violation, non-recognition or denial. That is, primarily legal fictions were procedural in nature.

In the Middle Ages, the substantive content of the legal category of fictions expanded. Legal fictions began to apply to the substantive legal institute of a legal entity. It was intended to establish the delinquency of cities as corporations – a set of residents-burgers as a whole with the competence of a legal entity⁴. During this historical period, legal fictions made it possible to reduce the imperative nature of medieval law by taking perceptions and images as actual acts that were not, or could not be, actually.

As an example, the use of fictions in English law allowed to mitigate the cruelty of criminal penalties for the deaths of persons found guilty of felony (any serious crime). Initially, a clergy privilege was applied which, as a result of expanding the list of court orders, began to apply to all first-time accused of a serious crime if they could read a well-known Bible passage in Psalm (Psalm 51, verse 1)⁵. The foregoing means that legal fictions have a mixed (substantive) nature. This allowed the court to resolve substantive disputes not envisaged in the list of court orders. Judges were also empowered to interpret broadly the common law rules on the jurisdiction of cases to ensure the pragmatically coloured interests of litigants and judges. In particular, the salaries of judges were directly dependent on the number of cases examined. The expansive interpretation of the list of cases to be tried provided for an increase in the amount of the judge's remuneration. At the same time, this provided the basis for a broader protection of the interests of the parties to the case, given their increased access to justice.

In the future, until the XIX century, the evolution of the category of legal fictions took place in a progressive direction to establish a normative law and order. Thus, according to professor Demelius, fictions were considered as rules of law regarding the regulation of the actual relationship in order to equate the latter with a legally normalized standard⁶. However, fictions were not widespread in continental law at the time. The approach to the rationality of order under the law as a national-level legal phenomenon was dominant. In fact, positive law formed the basis of law enforcement practice.

³ Mejer, D.I. (2003). About legal fictions and assumptions, about hidden and pretended actions. Moscow: Status, pp. 102, 341 [Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. Москва : Статус, 2003. 426 с.].

⁴ Barihin, A.B. (compl.) (2000). Great legal encyclopaedic dictionary. Moscow: INFRA-M, pp. 405 [Большой юридический энциклопедический словарь / сост. А.Б. Барихин. Москва : ИНФРА-М, 2000. 719 с.].

⁵ Suprun, T.M. (2013). Legal presumptions and related concepts. *Bulletin of the Ministry of Justice of Ukraine*, no. 2, pp. 125–132 [Супрун Т.М. Правові презумпції та суміжні поняття. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 2. С. 125–132].

⁶ Ulianova, O.V. (2011). Stages of formation and development of scientific views on the nature and role of legal fictions. *Law of Ukraine*, no. 3, pp. 208–211 [Уляновська О.В. Етапи становлення та розвитку наукових поглядів на природу і роль правових фікцій. *Право України*. 2011. № 3. С. 208–211].

It should be clarified that in the pre-revolutionary law of Eastern Europe, A.M. Gulyaev, G.F. Shershenevich and other scholars began to turn to the sources of Roman law when interpreting the nature and perspectives of the use of fiction⁷. At the same time, these developments were offset after the coup. Thus, the Soviet doctrine perceived fiction as an admission of the legislative technique of bourgeois law. Accordingly, legal fictions could not exist because the law had to be absolute and perfect. However, from the 70s–80s, Soviet scholars began to perceive fiction as a legal technique in objective law for the recognition of the absent and vice versa. This legal category has become recognized as established in regulations and applied in practice, a statutory instrument, a special admission to declare true facts or circumstances that did not occur in reality⁸.

In the contemporary theory of law, a position has emerged, according to which the prerequisite for the emergence of legal fictions is the need to regulate public relations by means of “conditionally formulated reality”⁹. In fact, fiction emerges as a technical and legal method for recognizing fictitious or invalid judgments, which become generally binding as enshrined in the provision of law¹⁰. Adopting a legal fiction when drafting a rule of law might show the will of the state regarding justice and be the only possible means to regulate public relations, in order to overcome the situation of ambiguity and double understanding in legal relations, prevent abuse of law by unscrupulous subjects¹¹.

In fact, legal fiction could be considered as an admission of rulemaking¹², legislative technique¹³. It is a matter of technical and legal adherence to which an invalid provision

⁷ Mejer, D.I. (2003). About legal fictions and assumptions, about hidden and pretended actions. Moscow: Status, pp. 102, 341 [Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. Москва : Статус, 2003. 426 с.].

⁸ Babaev, V.K. (1974). Presumption in Soviet law: tutorial. Gorky: Gorky Higher School of the Ministry of Internal Affairs of the USSR, pp. 28 [Бабаев В.К. Презумпции в советском праве : учебное пособие. Горький : Горьковская высшая школа МВД СССР, 1974. 124 с.].

⁹ Ulianovska, O.V. (2009). Fictions in the legal system of Ukraine (Ph.D. abstract), Odessa National Law Academy. Odessa, pp. 6, 13 [Ульяновська О.В. Фікції в правовій системі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Одеська національна юридична академія. Одеса, 2009. 19 с.].

¹⁰ Babaev, V.K. (1974). Presumption in Soviet law: tutorial. Gorky: Gorky Higher School of the Ministry of Internal Affairs of the USSR, pp. 28 [Бабаев В.К. Презумпции в советском праве : учебное пособие. Горький : Горьковская высшая школа МВД СССР, 1974. 124 с.].

¹¹ Marohin, E.Yu. (2004). Legal fiction in modern Russian legislation (Ph.D. thesis). North Caucasus State Technical University. Stavropol, pp. 159–161 [Марохин Е.Ю. Юридическая фикция в современном российском законодательстве : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Северо-Кавказский государственный технический университет. Ставрополь, 2004. 196 с.].

¹² Kosovych, V.M. (2013). “Legal assumptions” as a means of creating perfect regulatory acts of Ukraine. *Scientific Bulletin of Chernivtsi University*, issue 644: Jurisprudence, pp. 44–52 [Косович В.М. «Правові припущення» як засіб створення досконалих нормативно-правових актів України. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2013. Вип. 644 : Правознавство. С. 44–52].

¹³ Pan'ko, K.K. (2000). Legal fictions in modern Russian law. *Problems of legal technology: collection of articles* / ed. by V.M. Baranov. Nizhny Novgorod: Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, pp. 459–470 [Панько К.К. Юридические фикции в современном российском праве. *Проблемы юридической техники : сборник статей* / под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород : Нижегородская академия МВД РФ, 2000. С. 459–470].

is declared valid and becomes binding as a way of securing the rule of law¹⁴. Thereby, M.A. Pavlova specifies that the conditional declaration of a fact (circumstance) in the fiction is established and real, taking into account relevant circumstances of the case which makes such provisions mandatory¹⁵. At the same time, the overwhelming majority of scholars, emphasizing the universality of this method of legal technology, point to the possibility of its use in exceptional cases¹⁶, when other means cannot achieve the goals set by the legislator¹⁷. That is, legal fictions in the administrative process are to be an exceptional admission of legal technique. In addition, recognizing the circumstances specified in the fiction makes it possible to reduce the amount of evidence-based activity through a simplified procedure for establishing legal facts or composition.

In this case, fictions become links between individual provisions of law and regulatory acts in order to ensure the formal certainty of law, which determines the optimal functioning of the legal system¹⁸. This means that when implementing procedural discretion, legal fictions chiefly create conditions for establishing and eliminating contradictions or inconsistencies in public relations in their content or form, and contribute to the development of the legal system simultaneously with the renewal of social benefits in the objective reality of the current actual manifestations of the state and society.

3. Fictions as legal anomalies

Legal fictions in doctrine refer to legal anomalies. These are atypical regulators of law. Legal fiction allows to change the legal reality (bringing the legal “matter” into a form that does not correspond to it originally). According to A.V. Petrov, an anomaly of law could be considered as random arbitrary deviations in the content of law that do not follow from regular manifestations of the substantive basis of law¹⁹. O.Ye. Holtsova

¹⁴ Gudz, D.S. (2005). Correlation of legal presumption with related legal categories. *Current problems of state and law*, issue 25, pp. 109–113 [Гудзь Д.С. Співвідношення правової презумпції зі спорідненими правовими категоріями. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. Вип. 25. С. 109–113].

Suprun, T.M. (2013). Legal presumptions and related concepts. *Bulletin of the Ministry of Justice of Ukraine*, no. 2, pp. 125–132 [Супрун Т.М. Правові презумпції та суміжні поняття. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 2. С. 125–132].

¹⁵ Pavlova, M.A. (2016). The ratio of prejudice to some related categories. *Actual problems of native jurisprudence*, issue 2, pp. 22–25 [Павлова М.А. Співвідношення преюдиції з деякими суміжними категоріями. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2016. Вип. 2. С. 22–25].

¹⁶ Tkachuk, O.S. (2015). Fictions in the legal positions of the courts of Ukraine. *Scientific Bulletin of Uzhgorod National University. Law series*, issue 35(2.1), pp. 200–203 [Ткачук О.С. Фікції у правових позиціях судів України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 35(2.1). С. 200–203].

¹⁷ Ivanskyi, A.Y. (2011). Legal fictions as a legal technique method in the legal regulation of financial relations. *Law of Ukraine*, no. 3, pp. 236–242 [Іванський А.Й. Правові фікції як прийом юридичної техніки у правовому регулюванні фінансових правовідносин. *Право України*. 2011. № 3. С. 236–242].

¹⁸ Alekseev, S.S. (1982). General theory of law: in 2 vol. Moscow: Legal literature. Vol. 2, pp. 52, 277 [Алексеев С.С. Общая теория права : в 2 т. Москва : Юридическая литература, 1982. Т. 2. 286 с.].

¹⁹ Petrov, A.B. (2015). Anomalies of law: concept and nature. *Vestnik of Lobachevsky University of Nizhni Novgorod*, no. 1, pp. 170–180 [Петров А.В. Аномалии права: понятие

uses the term “atypical regulators of public relations” to refer to this concept²⁰. The researcher considers such regulators of public relations as specific peculiar kinds of rules that are used to regulate public relations in the event of “non-standard” situations²¹. It is worth supporting this opinion and further emphasizing the “non-standard” application of the described legal categories.

On the other hand, H.M. Chuvakova’s position regarding the interpretation of these legal categories is that: 1) deviation from the normal development of social relations caused by behaviour that is not provided by law as prohibited, or is not a behaviour at all; 2) a consequence of the presence of gaps in the law; 3) the result of legal conflicts, the inability of the parties due to various subjective factors to independently get out of the conflict state; 4) offences²². At the same time, it is difficult to agree with this approach. Legal anomalies cannot, by their very nature, have a negative impact on the practice of law enforcement. Indeed, these categories are subjectively conditioned and have a discretionary nature. Accordingly, there might be differences in the interpretation and use of these categories by individual judges. However, these should be exceptional cases. The task of administrative proceedings, in particular, is to minimize such negative manifestations and constantly promote the coherence of legal positions of the court and the uniformity and consistency of their application.

Scholars have traditionally attributed not only legal presumptions and fictions to legal anomalies, but also legal axioms and pre-emptive legal facts²³. O.Ye. Holtsova further distinguishes presumptions and fictions as special techniques of legal technique when applying (atypical) legal constructs²⁴. It is about the possibility of using such techniques

и природа. *Вестник Нижегородского университета имени Н.И. Лобачевского*. 2015. № 1. С. 170–180].

²⁰ Holtsova, O.Ye. (2015). Atypical regulators of social relations in the system of social and legal regulation (Ph.D abstract), National Pedagogical Dragomanov University. Kyiv, pp. 1–17 [Гольцова О.Є. Нетипові регулятори суспільних відносин у системі соціально-правового регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова. Київ, 2015. 17 с.].

²¹ Holtsova, O.Ye. (2015). Atypical regulators of social relations in the system of social and legal regulation (Ph.D abstract), National Pedagogical Dragomanov University. Kyiv, pp. 1–17 [Гольцова О.Є. Нетипові регулятори суспільних відносин у системі соціально-правового регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова. Київ, 2015. 17 с.].

²² Chuvakova, H.M. (2009). Interpretation of the concept of “legal anomaly”. *Current problems of state and law*, issue 50, pp. 328–334 [Чувакова Г.М. Интерпретация понятия «правовая аномалия». *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 328–334].

²³ Holtsova, O.Ye. (2015). Atypical regulators of social relations in the system of social and legal regulation (Ph.D abstract), National Pedagogical Dragomanov University. Kyiv, pp. 1–17 [Гольцова О.Є. Нетипові регулятори суспільних відносин у системі соціально-правового регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова. Київ, 2015. 17 с.].

²⁴ Petrov, A.B. (2015). Anomalies of law: concept and nature. *Vestnik of Lobachevsky University of Nizhni Novgorod*, no. 1, pp. 170–180 [Петров А.В. Аномалии права: понятие и природа. *Вестник Нижегородского университета имени Н.И. Лобачевского*. 2015. № 1. С. 170–180].

²⁴ Holtsova, O.Ye. (2015). Atypical regulators of social relations in the system of social and legal regulation (Ph.D abstract), National Pedagogical Dragomanov University. Kyiv, pp. 1–17 [Гольцова О.Є. Нетипові регулятори суспільних відносин у системі соціально-

to maintain the consistency of the court's legal positions regarding the qualification of the facts of the case and the interpretation of the rules of law, the resolution of conflicts, the elimination of gaps in legal regulation, etc.

It is worth considering in more detail the characteristics of the key types of legal anomalies regarding their influence on the exercise of procedural discretion in administrative proceedings. In particular, fiction is necessary for law because it is a source of generalization to individual regulations²⁵. According to R.V. Sabodash, it is possible to use the theory of fiction to refer to "imaginary entities"²⁶. As I.P. Zelenko explains, the main tendency to use fictions in the New time was the transition to the technology of procedural regulation in order to save the means of proof²⁷. According to V.M. Bevzenko, legal fictions in the administrative procedural law of Ukraine are placed in the provisions of the national administrative procedural legislation, philosophical and logical, complex concepts, categories, constructions and facts that give effect to such legislation, ensure its effectiveness and fulfilment of the basic tasks, protection, renewal, recognition of subjective rights, freedoms, legitimate interests of public content²⁸. It is often advisable to use legal fiction when considering and resolving disputes, provided that there are false or clearly erroneous judgments in the provisions of existing applicable legal rules. As a consequence, time and resource costs for clarifying the facts of the case and over-motivating the judgment are minimized.

In foreign doctrine, legal fictions are viewed in the context of "as if" reasoning, which promotes the application of legal rules to new circumstances by means of analogues and arguments of equivalence²⁹. L.L. Fuller defines legal fiction as a statement with full or partial awareness of its fallacy, or a false statement that is found to be useful, in other words, a statement which the judge knows is erroneous but uses it as such³⁰. J. Camden, K. Fort interpret legal fictions as the type of narrative by which fictional perfect law is created³¹. Legal fictions are created by a judge for convenience, to ensure the continued

правового регулювання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Національний педагогічний університет імені М.П. Драгоманова. Київ, 2015. 17 с.].

²⁵ Mejer, D.I. (2003). About legal fictions and assumptions, about hidden and pretended actions. Moscow: Status, pp. 102, 341 [Мейер Д.И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. Москва : Статус, 2003. 426 с.].

²⁶ Sabodash, R.V. (2011). Essays on public legal entities. *Bulletin of economic litigation*, no. 2, pp. 127–130 [Сабодаш Р.В. Нариси про юридичних осіб публічного права. *Вісник господарського судочинства*. 2011. № 2. С. 127–130].

²⁷ Zelenko, I.P. (2014). Concept and meaning of the legal fiction as a legal and social tool. *Scientific Bulletin of Kherson State University. Legal Sciences Series*, issue 6-1, vol. 1, pp. 32–35 [Зеленко І.П. Поняття та значення юридичної фікції як правового та соціального інструменту. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2014. Вип. 6-1. Т. 1. С. 32–35].

²⁸ Bevzenko, V.M. (2012). Fictions in the administrative process and administrative procedural law of Ukraine. *Administrative law and process*, no. 2(2), pp. 99–108 [Бевзенко В.М. Фікції в адміністративному процесі й адміністративному процесуальному праві України. *Адміністративне право і процес*. 2012. № 2(2). С. 99–108].

²⁹ Knauer, N. (2010). Legal Fictions and Juristic Truth. *St. Thomas Law Review*, vol. 23, pp. 70–120.

³⁰ Fuller, L.L. (1967). Legal Fictions. Stanford: Stanford University Press, pp. 9 (158 p.).

³¹ Camden, J., Fort, K.E. (2008). "Channeling Thought": The Legacy of Legal Fictions from 1823. *Am. Indian L. Rev.*, vol. 33, no. 1, pp. 77–109.

smooth application of the rule of law. At the same time, the questioning of legal fictions could cast doubt on the assumptions of judges and other legal professionals about the impact of these assumptions externally. This includes cases where legal fictions are no longer considered fictions, in particular, by knowledgeable persons who trace the impact of this “slippage” to law enforcement³². That is, fiction is in line with the rule of law and justifies the actions of the court.

4. Application of legal fictions in the administrative process taking into account the theory of Grundnorm

H. Kelsen's Grundnorm could be considered as one of significant theoretical prerequisites for the use of legal fictions in the administrative process. In particular, Grundnorm in the Kelsen system does not contain factual prerequisites, as envisaged in the concept of Kantian transcendental understanding³³, but is essentially a transcendental category, at least containing factual components that might be either actually true or in fact erroneous³⁴. At the same time, the assumption of existence of something that cannot exist only partially justifies the expediency of using such a “fictional” category. As a consequence, this is an assumption, not the actual existence of Grundnorm truth, which seems somewhat metaphorical. This sets it apart from the Hart derivative of the ultimate recognition rule. It is appropriate to understand fiction not so much as an assumption (or a transcendent understanding) whose actual truth is irrelevant, but as a statement that is literally false but not literally wrong in essence. Otherwise, this category would be a “mistake” rather than a “fiction”. Then the fictitious use of the “legal fiction” to denote H. Kelsen's idea of Grundnorm is fictitious.

Thus, the premise of an argument could usually be presented in a hypothetical form. In the theory and philosophy of law, the idea of assuming something for the sake of an argument or with the assumption of the truth of one sentence is often applied in order to understand some other judgment. In this case, there might be assumptions or hypotheses about a particular fact for the corresponding argument in circumstances in which it does not matter or the omitted fact is true or false. Although the actual fact of the case is irrelevant, the existence of a fact is allowed, since the assumption adds clarity to the perception of the specific circumstances of the case. As a result, the connection between legal fictions and legal regulations is revealed. Since judges are primarily required to justify such deviations from the rules, they resort to appropriate exculpatory manoeuvres to avoid simply claiming that they do not comply with the rules. One of these manoeuvres, although hardly the only one, is a type of legal fiction, a reinterpretation of the facts of an event in order to make these facts compatible with the rule, and at the same time allowing to get the correct result. This is a type

³² Camden, J., Fort, K.E. (2008). “Channeling Thought”: The Legacy of Legal Fictions from 1823. *Am. Indian L. Rev.*, vol. 33, no. 1, pp. 77–109.

³³ Paulson, S. (1992). The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, pp. 311–332.

Raz, J. (1979). Kelsen's Theory of the Basic Norm. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* / ed. by J. Raz. Oxford: Clarendon Press, pp. 122–145.

³⁴ Schauer, F. (2011). Legal Fictions Revisited. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, no. 2011-29, pp. 1–30.

of legal fiction-reinterpreting X (or class X) as Y in order to avoid an “inconvenient”, unreliable, false, etc. result for the purposes of the law. As a rule, it is recognized that X is not Y. That is, the court considers the creation of a fiction as a legitimate action within the framework of the judicial process; the activity that could be performed without concealment as a discretely true category.

According to H. Kelsen, Grundnorm differs from the Weiginger hypothesis, since the invented judgment is formed with the awareness that it does not correspond to reality³⁵. If actually true – if an understanding of the legal system requires an understanding that accidentally reveals reality, then it would be strange to describe such an understanding as a fiction. At the same time, if the understanding does not correspond to reality, or, more precisely, it simply does not matter whether it is true or not, then H. Kelsen describes this understanding of Grundnorm as a fiction. Thus, this is an unpredictable untruth, and even more – the irrelevance of the actual truth or the falseness of Grundnorm, which explains why it is usually considered a legal fiction in Kelsen’s theory of law³⁶.

The doctrine recognizes that fictions could be contained in legal rules³⁷. At the same time, as O.A. Kursova specifies, legal fictions are much less common than, for example, legal presumptions to be indirectly expressed in the provisions of law³⁸. As a general rule, legal fictions are fixed in hypotheses and dispositions of legal regulations regarding the proof of lawfulness of actions, establishment of legal facts and syllables, recognition of subjective powers, etc. Thus, within the administrative process, the fiction might conditionally replace unknown circumstances in the context of the consolidation of legal facts. These are alternative ways of filling the “gaps” of proof, such as the artificial equation of different or opposite circumstances, an indication of the validity of invalid circumstances and vice versa, a promising establishment of the circumstances of the case before they actually appear or occur later than in reality, “reconstruction” of real legal facts that have happened and passed, and others.

5. Case law on the application of legal fictions

Types of fictions in the administrative process could be related to the establishment or recognition of legal facts. Thus, the fictions established by the competent authorities are fixed in the relevant regulatory and administrative acts, planning acts and other law enforcement acts. As a general rule, such acts extend to certain persons, and might continue to be applied with a preliminary ruling to the settlement of disputes involving the same persons.

³⁵ Schauer, F. (2011). Legal Fictions Revisited. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, no. 2011-29, pp. 1–30.

³⁶ Kelsen, H. (1991). *General Theory of Norms* / transl. M. Hartney. Oxford: Clarendon Press, pp. 256 (518 p.).

³⁷ Ulianovska, O.V. (2009). Fictions in the legal system of Ukraine (Ph.D. abstract), Odessa National Law Academy. Odessa, pp. 6, 13 [Ульяновська О.В. Фікції в правовій системі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Одеська національна юридична академія. Одеса, 2009. 19 с.].

³⁸ Kursova, O.A. (2001). Fictions in Russian law (Ph.D. abstract), Nizhny Novgorod Academy of the Ministry Internal Affairs of the Russian Federation. Nizhny Novgorod, pp. 6 [Курсова О.А. Фикции в российском праве : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Нижегородская академия Министерства внутренних дел Российской Федерации. Нижний Новгород, 2001. 23 с.].

For example, the Supreme Court composed of judges from the Cassation Administrative Court used a legal fiction to maintain the legal status of victims of Chornobyl catastrophe of category 4 after exclusion on the basis of the law of the zone of enhanced radiological control as one of the zones of radioactively contaminated territories. The court of cassation decided that the exception from January 1, 2015 zone of enhanced radiological control from the list of radioactively contaminated areas does not deprive of the status of victim of persons who had previously set the status to issued and the identity of the victim owing to Chornobyl accident. A person who has been issued an indefinite certificate of a citizen who has permanently resided in the zone of enhanced radiological control (category 4) is considered a victim of the Chornobyl catastrophe³⁹. The Cassation Administrative Court of the Supreme Court emphasized that the status of the victim of the Chornobyl catastrophe is indefinite. Therefore, the exclusion of the zone of enhanced radioecological control does not deprive a person of the status of a victim of the Chornobyl catastrophe, taking into account the legality of acquiring such a status and the absence of legal grounds for its termination. The described fiction could not be applied exclusively in the case of fixing the direct rule of the law on the invalidity of previously issued certificates of category 4 to persons who are victims as a result of the Chornobyl catastrophe.

When determining whether it is possible to apply legal fictions in the consideration and resolution of administrative cases, it is necessary to consistently focus on a set of the following prerequisites: 1) expediency; 2) whether such a legal category already exists; 3) whether such implementation will contribute to achieving the goals and objectives of administrative proceedings; 4) whether this is the only possible way to establish justice. In fact, legal fictions allow us to conditionally recognize the truth by fixing it in the provision of law. At the same time, unlike presumptions, fictions do not show the legally enforced normal state of law and order⁴⁰. Legal fictions are essentially irrefutable imaginary judgments with a pragmatic purpose and imperative action. Instead, legal presumptions could be both imperative and dispositive refutable assumptions – true in probability.

When considering and resolving administrative cases, fictions could be classified into subspecies depending on the subject of generalization and refutation. The way

³⁹ Supreme Court (2019). Resolution of the Supreme Court in the case № 287/25/17-a dated of January 23, 2019. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79349466> [Постанова Верховного Суду від 23 січня 2019 року у справі № 287/25/17-a. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79349466> (дата звернення: 09.02.2020)].

Supreme Court (2019). Resolution of the Supreme Court in the case № 697/121/17 dated of March 20, 2019. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80632873> [Постанова Верховного Суду від 20 березня 2019 року у справі № 697/121/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80632873> (дата звернення: 09.02.2020)].

Supreme Court (2019). Resolution of the Supreme Court in the case № 357/8174/17 dated of May 15, 2019. Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81759314> [Постанова Верховного Суду від 15 травня 2019 року у справі № 357/8174/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81759314> (дата звернення: 09.02.2020)].

⁴⁰ Zozul, I.V. (2013). Presumptions in the administrative law of Ukraine (Ph.D. abstract), National Aviation University. Kyiv, pp. 8, 9 [Зозуль І.В. Презумпції в адміністративному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 ; Національний авіаційний університет. Київ, 2013. 19 с.].

O.V. Ulianovska explains, by the refutation of imaginary legal structures, the fiction is constructive as a product of abstract thinking, perceived by the legal doctrine and / or enshrined in law in the form of a legal regulation, an institution of law, used to fill a gap in law. Destructive is a fiction that is not perceived by the legal doctrine and, although it could be established in the provision of law, but confirms the illegality of the interest, which leads to the spread of such a legal construction⁴¹. It is worth emphasizing that the described approach might also apply to those fictions that are not legally regulated, but were, in particular, the descriptive or motivational part of the court decision has been formulated in when considering and resolving the case.

The subject of legal fiction might be primary and conditional. Thus, the first one refers to the phenomena of objective reality in order to summarize the circumstances of life of the state and society, regardless of the existence of appropriate legal regulation. For example, to establish a person's legal status, statute of limitations, renewal of procedural time limits, etc. Among the conditioned fictions, we could distinguish those that simplify the course of actual social relations through their connection with legal activities. For the justice sector, it is particularly important to form a simple and optimal law enforcement practice based on such fictions. In particular, the recognition of rights to public property, information, establishment or confirmation of the legal regime of information with an appropriate level of access, including the activities of accusers, and the like.

It is necessary to assume that the judge's professional activity in the exercise of procedural discretion provides for the possibility of algorithmization of the process of creating, electing or changing the appropriate non-standard regulators. It might make sense to refer to the theory of search and merge algorithms. In particular, the search-aggregation algorithm is associated with the elimination of extraneous factors in order of decreasing influence, taking into account combinatorial search capabilities within a forward-looking approach⁴². When referring to the algorithm of the plurality of discontinuities, it is permissible to determine the minimum number of restrictive conditions to be cut off in order to achieve a valid result⁴³.

The criteria for the validity of recourse to legal presumptions or fictions are the verbal baseline and the definition of the "appropriate" meaning of words (through open questions)⁴⁴. Thus, fictions within the limits of formal legitimacy allow filling "gaps" as

⁴¹ Ulianovska, O.V. (2009). The essence of legal fiction. *Current problems of state and law*, issue 51, pp. 459–463 [Ульяновська О.В. Сутність правової фікції. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 51. С. 459–463].

⁴² Skiena, S. (2011). Algorithms. Development guide (transl. from English). 2nd ed. Saint Petersburg: BHV-Peterburg, pp. 258, 259, 262, 264, 267, 572–573 [Скиена С. Алгоритмы. Руководство по разработке. Пер. с англ. 2-е изд. Санкт-Петербург : БХВ-Петербург, 2011. 720 с.].

⁴³ Skiena, S. (2011). Algorithms. Development guide (transl. from English). 2nd ed. Saint Petersburg: BHV-Peterburg, pp. 258, 259, 262, 264, 267, 572–573 [Скиена С. Алгоритмы. Руководство по разработке. Пер. с англ. 2-е изд. Санкт-Петербург : БХВ-Петербург, 2011. 720 с.].

⁴⁴ Tsyppeius, R. (2016). Methods of law enforcement (transl. from German). Kyiv: Iustinian, pp. 81, 107 [Циппеліус Р. Методика правозастосування. Пер. з нім. Київ : Юстиніан, 2016. 192 с.].

a material source of discretion in the absence of a legal regulation (provided that there is no rule of law and precedent for interpreting beyond the normative content in the way of filling in the gaps in accordance with the natural principles of equity, liberty, justice, and general principles of the rule of law)⁴⁵.

Thus, fiction is to bring actual social relations into a legitimate form of implementation, which is not initially in line with the current state of legal reality. It should be clarified that in the contemporary development of the doctrine and practice of procedural discretion, the term “anomalies of law” is more appropriate. As a result of the implementation of the concept of procedural discretion, it will be possible to talk about obtaining by the legal fictions of the status of atypical regulators in the administrative process.

6. Conclusions

Thus, the following features of legal fictions could be distinguished, in particular, for achieving the goals and objectives of administrative proceedings:

- primary indistinctness or absence, conflict of legal regulation of public relations;
- limited use regarding the social and legal context of actual public relations to which the unconditional effect of fictions applies;
- non-alternative creation of invalid, imaginary legal structures in legal reality;
- cogency (complexity);
- hierarchy according to the degree of complexity of fictions that can consistently cause each other, recursively determine self-similarity.

It is possible to classify arguments, methods and approaches to the application of such atypical regulators in the administrative process by the “meta” degree:

1) on the fundamental metric – internal, or zero-order arguments. The context of the situation is used, the problem is solved by the proposed methods within a certain sphere. For example, completing the model’s canons to get rid of the (imaginary?) errors of the author or explain an important point. As a sample we can also call the solution of a mathematical problem mathematical methods;

2) at the derivative definitive level – by defining the concepts:

- functional (X and Y are Z if $f(X) = C$ and $f(Y) = C$; that is, two categories correspond to the same definition, if they perform the same function, they also interact under certain conditions);
- structural (X and Y are Z if X is a composition of f and g; that is, two categories correspond to the same definition if they have a common structural element);
- relative (X and Y are Z, because they are in relation to f with a set of objects E; that is, two categories correspond to the same definition, if they occupy the same place, in the general definition of the word “place”, they correspond to the same set of coordinates).

⁴⁵ Barak, A. (1999). Judicial discretion (transl. from English). Moscow: NORMA, pp. 111, 309 [Барак А. Судейское усмотрение. Пер. с англ. Москва : НОРМА, 1999. 376 с.].

ПРАВОВІ ФІКЦІЇ ДЛЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ

Анна Барікова,

Правове управління (I) департаменту аналітичної
та правової роботи Верховного Суду,
головний спеціаліст

Національна академія внутрішніх справ, викладач,
кандидат юридичних наук

orcid.org/0000-0002-9707-0106

anna.barikova@gmail.com

Мета. Стаття розкриває особливості застосування адміністративно-процесуальних правових фікцій із метою уникнення зловживання правом та ухилення від виконання закону під час здійснення процесуального розсуду.

Методи. Для досягнення цілей дослідження автор використовує спеціально-юридичні методи наукового пізнання: формально-логічний, системно-функціональний, формально-логічний, порівняльно-правовий.

Результати. Розглянуто історіографію застосування правових фікцій. У статті висвітлено сутність фікцій як правових аномалій. Деталізовано застосування правових фікцій в адміністративному процесі з урахуванням теорії Grundnorm.

Виявлено зв'язок між юридичними фікціями та правовими нормами. Юридичні фікції описано як переосмислення фактів події, щоб зробити ці факти сумісними з правилом, водночас дозволяючи одержати правильний результат. Йдеться про тип юридичної фікції – переосмислення *X* (або класу *X*) як *Y*, щоб уникнути «незручного», недостовірного, хибного та іншого результату для цілей закону. Як правило, визнається, що *X* не є *Y*. Тобто суд розглядає створення фікції як законну дію в межах судового процесу, а діяльність, що може виконуватися, – без приховування як дискретно істинну категорію.

Описано судову практику щодо застосування правових фікцій. Запропоновано, що правові фікції в адміністративному процесі мають бути винятковим прийомом юридичної техніки. Продемонстровано такі альтернативні напрями заповнення «прогалин» доказування, як штучне прирівнювання різних чи протилежних обставин, вказівка на дійсність нечинних обставин, і навпаки, перспективне встановлення обставин справи до їх фактичної появи або виникнення пізніше, ніж насправді, «реконструкція» реальних юридичних фактів і складів, які відбувалися та минули, тощо. До того ж визнання вказаних у фікції обставин вірогідними дає змогу зменшити обсяг діяльності з доказування завдяки спрощеному порядку встановлення юридичних фактів чи складів.

Висновки. По-перше, виокремлено ознаки правових фікцій, зокрема, для досягнення мети й завдань адміністративного судочинства. По-друге, запропоновано класифікацію аргументів, методик і підходів до застосування вказаних нетипових регуляторів в адміністративному процесі за ступенем «мета-» на певні типи, зокрема: 1) на фундаментальному метарівні – внутрішні аргументи, або аргументи нульового порядку; 2) на похідному дефінітивному рівні – щодо визначення функціональних, структурних і відносних понять.

Ключові слова: правовий механізм, інструменти, аномалії у праві, нетипові регулятори, правові фікції, процесуальний розсуд.

NON-JUDICIAL MEDIATION IN THE LITHUANIAN ADMINISTRATIVE PROCESS: CURRENT ISSUES

The article is the first scientific study in the cycle of extrajudicial mediation in the administrative process of Lithuania.

The purpose. *The article describes the envisaged new legal regulation of non-judicial mediation in the Lithuanian administrative law process, analyzing the works of Lithuanian scholars in this field and new draft legal acts, through the categories defined in the research tasks. The aim of the article is to briefly present and discuss the institute of non-judicial mediation in Lithuanian administrative law science and practice, its current and foreseeable development in administrative justice, to define and analyze the aims of non-judicial mediation in administrative law new legal regulation, the envisaged possibilities of non-judicial mediation as an alternative to peaceful dispute resolution in the administrative law system in Lithuania. In order to achieve the aim and objectives of the research, the analysis of Lithuanian scientists' works and basic laws and newly drafted legal acts implementing non-judicial mediation, pre-trial administrative proceedings and Lithuanian administrative legal regulation was carried out.*

Methods: *comparative, documents' analysis, systematic approach and other methods were used for research.*

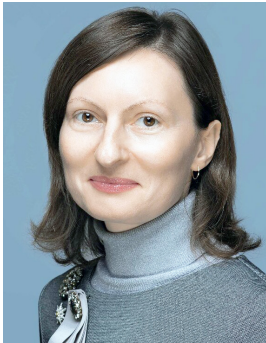
Results of research. *It can be reasonably stated that Lithuania, having regard to the successful implementation of mediation in civil law, has prepared appropriate amendments to new laws and other legal acts and created an efficient operational basis for the proper functioning of non-judicial mediation in pre-trial administrative proceedings.*

Conclusions. *Summarizing this study, it can be concluded that the legal regulation of non-judicial mediation drafted by the legislators is based on analogy with the regulation of mediation in civil law. As judicial mediation in administrative proceedings is already legally regulated, as a complete analogue to civil mediation and administrative courts already apply it in practice, it is expected that the regulation of non-judicial mediation in administrative proceedings will follow a similar model. According to the proposed non-judicial mediation model, such mediation will only be possible once the dispute has been initiated and resolved by the Lithuanian Administrative Disputes Commission or its territorial offices. Such a model is acceptable given the practical work of the commission and the existing legal regulation, and the commission could operate on the basis of the mediation model of administrative courts. However, the question of the qualifications of mediators remains unresolved, as legal theorists do not agree on what the qualifications of mediators in extrajudicial administrative proceedings should be. There is disagreement as to whether a person who has completed only a supplementary course on administrative law will acquire the necessary knowledge and qualifications, as well as whether it is necessary to have a legal education and a thorough knowledge of the principles of public administration.*

It should be noted that the successful application of non-judicial mediation in administrative proceedings is highly influenced by the nature of the dispute. It is believed that in

administrative disputes concerning material, tax relations, civil service, administration of national, European Union and foreign financial assistance, the possibility of mediation seems realistic in order to resolve the dispute and restore the balance of social peace in a manner acceptable to all parties to the dispute. The first steps have already been taken, the law stipulates that a public administration entity may not aggravate the situation of the person subject to the decision by making or modifying the decision. The drafts initiated in this way are related to the extension of the jurisdiction of the disputes dealt with by the Administrative Disputes Commission, in the hope that before the new wording of the Law on Mediation comes into force, other legal acts will be regulated to enable successful non-judicial mediation.

Key words: administrative law science, administrative law, mediation, non-judicial and judicial mediation, public administration, legal doctrine.



Eglė Bilevičiūtė,
*Professor of Law School
of Public Law Institute
of Mykolas Romeris
University,
Doctor of Law, Professor
orcid.org/0000-0003-4142-3774
eglek@mr.uni.eu,
eglutebil@gmail.com*

Vaidas Milius,
*Doctoral Student of Law
School
of Public Law Institute
of Mykolas Romeris
University
vamilius@stud.mruni.eu,
miliusvaidas12@gmail.com*

1. Introduction

Mediation in the Lithuanian administrative process is not a completely new subject of research, although there are very few scientific papers on this topic. This situation is due to the fact that the majority of research works are closely related to the application of mediation in civil proceedings and the mediation in administrative process is mainly spoken of in a fragmentary manner, avoiding detailed and deeper analysis of theoretical and practical assumptions, conditions and consequences. Researchers often confine themselves to addressing the procedural issues of mediation itself, while leaving the definition and application of content to the mediation itself. The lack of such research does not allow to reveal the essential aspects of mediation in the administrative process and does not encourage scientific discourse that can directly accelerate the legal settlement and practical application of mediation in the administrative process.

Lithuanian legal scholars, while conducting scientific research, came up with the idea of mediation in Lithuanian law, drawing on the theoretical and practical aspects of the application of mediation in foreign countries, and formulated the concept of mediation. Mediation is defined as an alternative to court, a voluntary confidential dispute resolution procedure in which one or more independent third parties – mediator or mediators – help disputants reach an acceptable resolution of the dispute¹. It has also been established that, in relation to the legal system, mediation is divided into non-judicial and judicial mediation. Scientists associate this kind of entrenchment of mediation types with the stage of dispute resolution, i. e. Although the theory provides that mediation is an alternative to court proceedings, mediation is also possible according to established practice in the case of litigation. The essential basis for the division of mediation into judicial and non-judicial proceedings is the existence of a requirement that the parties to the dispute must have instituted legal

¹ Kaminskienė, N. et al. (2013). Mediation: textbook. Vilnius: Mykolas Romeris University Publishing Center, p. 7 [Kaminskienė N., Račelytė D., Tvaronavičienė A., Mienkowska-Norkienė R., Atutienė E., Štaraitė-Barsulienė G., Saudargaitė I., Uscila R., Banys A., Langys E., Pečkys V., Špokas E., Čiuladienė G., Aleknonis G. Mediacija: vadovėlis. Vilnius: Mykolas Romeris universiteto leidybos centras, 2013. 603 p.].

proceedings in order for the appropriate form of mediation to be applicable². Following the entry into force of the Law on Mediation³ on January 1, 2019, the legislature, in accordance with the theory developed by scholars, has established in law that mediation is divided into mediators assist in the peaceful settlement of a dispute which is pending, between the parties to the non-judicial dispute (non-judicial mediation) or the litigation in court (non-judicial mediation).

As of 2019 This Regulation entered into force on 1 March, Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania (next – LOAP) № VIII-1029 Law amending Articles 2, 40, 44, 51, 56, 59, 67 and 71 and supplementing the Law with Articles 79-1⁴. This amendment to the law legalized judicial mediation in administrative proceedings. Article 2 (4) of the Act defines the concept of judicial mediation in administrative proceedings as “an administrative dispute settlement procedure in which one or more mediators assist the parties to the dispute in the amicable settlement of the dispute”.

Article 51 of the Act provides that “at any stage of the proceedings, the parties to the dispute may, by reason of the nature of the dispute, settle the dispute by amicable settlement. The Settlement Agreement shall be consistent with the overriding mandatory provisions of laws and regulations, the public interest and the rights or legitimate interests

² Kaminskienė, N. et al. (2013). Mediation: textbook. Vilnius: Mykolas Romeris University Publishing Center, p. 231 [Kaminskienė N., Račelytė D., Tvaronavičienė A., Mienkowska-Norkienė R., Atutienė E., Štaraitė-Barsulienė G., Saudargaitė I., Uscila R., Banys A., Langys E., Pečkys V., Špokas E., Čiuladienė G., Aleknonis G. Mediacija: vadovėlis. Vilnius: Mykolo Romerio universiteto leidybos centras, 2013. 603 p.].

³ Seimas of the Republic of Lithuania (2019). Law of the Republic of Lithuania on Mediation № X-1702 Amendment Act, Republic of Lithuania Law on Mediation in Civil Disputes № X-1702 Amendment Act № Article XIII-534 of the Law on Amending Article 2 of the Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania № VIII-1029 of the Law on Amending Articles 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 and Supplementing the Law with Articles 79-1, 79-2; VIII-1031 Amendment Bill Approval Certificate. URL: http://lr.lt/uploads/main/meetings/docs/1078023_imp_2cc53e3b5266ef87bc2b9b0feaf4fa13.pdf [Lietuvos Respublikos mediacijos įstatymo № X-1702 pakeitimo įstatymo, Lietuvos Respublikos civilinių ginčų taikinamojo tarpininkavimo įstatymo № X-1702 pakeitimo įstatymo № XIII-534 2 straipsnio pakeitimo įstatymo, Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo № VIII-1029 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 straipsnių pakeitimo ir įstatymo papildymo 79-1, 79-2 straipsniais įstatymo, Lietuvos Respublikos ikiteisminio administracinių ginčų nagrinėjimo tvarkos įstatymo № VIII-1031 pakeitimo įstatymo projektų derinimo pažyma. URL: http://lr.lt/uploads/main/meetings/docs/1078023_imp_2cc53e3b5266ef87bc2b9b0feaf4fa13.pdf].

⁴ Seimas of the Republic of Lithuania (2018). Concerning the Law on Mediation in Civil Disputes of the Republic of Lithuania № X-1702 Amendment Act № XIII-534 of the Republic of Lithuania Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania № VIII-1029 of the Law on Amending Articles 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 and Supplementing the Law with Articles 79-1 and 79-2; VIII-1031 to the Seimas of the Republic of Lithuania (dated November 28, 2018 № 1190). URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/f56939b4f85611e895b0d54d3db20123?jfwid=-14itv2ko6m> [Dėl Lietuvos Respublikos civilinių ginčų taikinamojo tarpininkavimo įstatymo № X-1702 pakeitimo įstatymo № XIII-534 pakeitimo įstatymo, Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo № VIII-1029 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 straipsnių pakeitimo ir įstatymo papildymo 79-1, 79-2 straipsniais įstatymo, Lietuvos Respublikos ikiteisminio administracinių ginčų nagrinėjimo tvarkos įstatymo № VIII-1031 pakeitimo įstatymo projektų pateikimo Lietuvos Respublikos Seimui (2018 m. lapkričio 28 d. № 1190). URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/f56939b4f85611e895b0d54d3db20123?jfwid=-14itv2ko6m>].

of third parties. A settlement cannot be concluded in cases concerning the legality of regulatory administrative acts, in cases of complaints concerning violations of electoral laws and referendum law. <...> The settlement may settle all or part of the dispute (separate claims)”⁵. As already mentioned, this amendment to the law finally legalized judicial mediation in administrative proceedings, the process of which is essentially based on the exercise of mediation in civil court proceedings. It is established that, at the request or with the consent of the parties to the dispute, judicial mediation in administrative courts may be carried out in accordance with the law and the procedure laid down by the Judicial Council. The mediation of a dispute may be initiated by judicial mediation or by any of the parties to the dispute. Judicial mediation may be performed by mediators who are judges included in the list of mediators of the Republic of Lithuania. Such legal regulation was based on the fact that in 2013 the Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania⁶ established the settlement agreement in administrative procedure, when the possibility to settle administrative disputes by settlement, approve the settlement.

In view of the successful operation of the Settlement Institute in Administrative Courts and the possibility of conciliation between parties in administrative disputes, amendments were also made to the Law of the Republic of Lithuania on Pre-trial Administrative Dispute Resolution (hereinafter – IAGNTĮ). The law regulating the settlement agreement in the extra-judicial administrative process essentially laid the foundations for the formation of non-judicial mediation in the Lithuanian administrative process and started the development of the conception of mediation system approved by the Minister of Justice in 2015⁷. Recently, the Institute for Non-judicial Administrative Dispute Resolution is being strengthened in Lithuania in order to optimize and streamline the handling of all types of administrative disputes at all stages

⁵ Seimas of the Republic of Lithuania (2018). Concerning the Law on Mediation in Civil Disputes of the Republic of Lithuania № X-1702 Amendment Act № XIII-534 of the Republic of Lithuania Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania № VIII-1029 of the Law on Amending Articles 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 and Supplementing the Law with Articles 79-1 and 79-2; VIII-1031 to the Seimas of the Republic of Lithuania (dated November 28, 2018 № 1190). URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/f56939b4f85611e895b0d54d3db20123?jfwid=-14itv2ko6m> [Dėl Lietuvos Respublikos civilinių ginčų taikinamojo tarpininkavimo įstatymo № X-1702 pakeitimo įstatymo № XIII-534 pakeitimo įstatymo, Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo № VIII-1029 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 straipsnių pakeitimo ir Įstatymo papildymo 79-1, 79-2 straipsniais įstatymo, Lietuvos Respublikos ikiteisminio administracinių ginčų nagrinėjimo tvarkos įstatymo № VIII-1031 pakeitimo įstatymo projektų pateikimo Lietuvos Respublikos Seimui (2018 m. lapkričio 28 d. № 1190). URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/f56939b4f85611e895b0d54d3db20123?jfwid=-14itv2ko6m>].

⁶ Seimas of the Republic of Lithuania (2018). Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania. Legislative register, 2018-21856 [Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymas (2018). Teisės aktų registras, 2018-21856].

⁷ Minister of Justice of the Republic of Lithuania (2015). Order of the Minister of Justice of the Republic of Lithuania IR-268 “Concerning the conception of the development of the system of mediation”. Legislative register, 2015-13939 [Lietuvos Respublikos teisingumo ministro įsakymas № IR-268 „Dėl taikinamojo tarpininkavimo (mediacijos) sistemos plėtros koncepcijos patvirtinimo“. Teisės aktų registras, 2015-13939].

of the administrative process. From 2021 onwards 1 January the new version of the Law on Mediation of the Republic of Lithuania will come into force. Substantial changes to this law concern the legalization of non-judicial mediation in administrative proceedings. The mechanism of non-judicial administrative litigation is generally designed to enable individuals to enforce their right to effective, cost-effective and expeditious access to their infringed rights without the disadvantages of litigation. The Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Alternative Dispute Resolution between Public Administrations and Private Individuals states⁸ that the benefits of a non-judicial administrative dispute settlement mechanism result in simpler and more flexible dispute resolution procedures leading to faster and cheaper dispute resolution; it allows persons with specialist knowledge to settle the dispute, does not oblige those dealing with the dispute to comply with strict and formal procedural rules, but allows greater discretion in the decision. This Recommendation proposes that alternative means of resolving administrative disputes, such as internal review of an administrative act, conciliation, mediation, settlement and arbitration, should be established and put into practice in law.

Analyzing the legal regulation of non-judicial mediation in Lithuania, the problem arises whether the aspirations of the legal entities to introduce extrajudicial mediation in administrative proceedings according to the analogy of mediation in civil justice (mediation in administrative courts) will not be based on scientific research and detailed analysis of foreign experience and emerging practice in Lithuania. Situations where the introduction of non-judicial mediation in administrative proceedings will not achieve its objectives and will be discredited not because of its peculiarities as a method of dispute resolution but because of its unfavorable legal environment for its application and development.

The aim of the study is to analyze relevant changes in the regulation of non-judicial mediation in administrative proceedings in Lithuania.

Research methods. Using the comparative method, the peculiarities of the regulation of non-judicial mediation in administrative proceedings in Lithuanian and foreign law will be examined first. It will also explore the interaction between mediation and the administrative process, and analyze the main methods of regulating non-judicial mediation, including differences in the use of dispositive and imperative legal regulation.

The systematic approach will be used to examine non-judicial mediation in administrative justice, its place in the entire Lithuanian legal system in general. This approach will seek to address this type of dispute resolution as a complex process in public law. The possibilities, realization mechanism and directions of mediation in the administrative process of the so-called “legalization” in the Lithuanian legal system are analyzed.

2. Proposed legislative regulation of non-judicial mediation in Lithuanian administrative process

As far as the application of mediation in Lithuania is concerned, it is important to note that it is currently fully applicable in civil law. This can be attributed to the wide

⁸ Council of Europe (2001). Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties. URL: <https://rm.coe.int/16805e2b59>.

range of options for a peaceful settlement, thanks to the prevailing method of regulating the law there. This approach allows participants in a regulated relationship to show initiative, autonomy in choosing one or another behavioral option⁹. The opposite is seen as the imperative model of law regulation prevailing in public law, which narrows the boundaries of a peaceful settlement. A settlement cannot conflict with imperative provisions of law, regulation or the public interest. General principles of mediation that are appropriate and directly applicable in civil law, but most of the principles are difficult to implement in the administrative process. First of all, the non-overlapping principle of mediation-specific confidentiality, i. e. public administrations have a duty to adhere to the principles of openness and accountability, which oblige them to provide the public with information relevant to their functions and the decisions they make. It is stated in the literature that, during mediation, the public administration cannot act in an ultra vires capacity, which suggests that there is a problem of interaction between the principles of voluntarism and the rule of law. On a voluntary basis, it is up to the parties to the dispute to decide to participate in the mediation procedure. However, this right of choice is restricted in the administrative procedure. This is determined by the rule of law and the imperative method of legal regulation. According to the principle of the rule of law, the competences of the public administration are defined in detail in the legislation and the decisions they make cannot conflict with the imperatives of the legislation¹⁰.

According to the relevant case-law of the administrative courts, “in the field of public administration, the principle of the legality of decisions of public administrations applies, which is understood as meaning that a public authority cannot annul its own decisions unless such a possibility exists in the special laws governing it. A public administration entity may only correct errors in decisions which, when corrected, may not result in the imposition of less rights or obligations on the person than those imposed by the decision. The principle of legality and the binding nature of a decision taken by a public authority presuppose that a decision taken by a public authority is valid until annulled by a superior public authority (if such a possibility exists) or by a court”¹¹.

However, despite all possible threats and claims that mediation in the administrative process cannot be properly implemented and mediation will not be appropriate for administrative disputes, the Government of the Republic of Lithuania is preparing draft laws and setting a specific deadline of 1 January 2021 Amendments to the Law on Mediation relating to mediation in administrative proceedings must enter into force. Regulatory changes are primarily initiated to implement the European Union’s

⁹ Vaisvila, A. (2004). Theory of law. Vilnius: Justitia, p. 205 [Vaišvila A. Teisės teorija. Vilnius: Justitia, 2004. 376 p.].

¹⁰ Bondy, V., Doyle, M. (2011). Mediation in judicial review: a practical handbook for lawyer. *The Public Law Project*, no. 14, pp. 45–47.

¹¹ Supreme Administrative Court of Lithuania (2012). Order of the Supreme Administrative Court of Lithuania of November 8, 2012 decision in the administrative case № A⁶⁰²-151/2012 [Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2012 m. lapkričio 8 d. nutartis administracinėje byloje № A⁶⁰²-151/2012].

recommendations¹². The concept of the development of a system of mediation provides for changes to the legal framework in order to establish clear legal bases and conditions for mediation in administrative proceedings. Taking into account the experience of foreign countries and international recommendations, it was planned to regulate the compilation of the list of conciliators (mediators), qualification requirements for persons seeking to be conciliators (mediators), procedural means of promoting conciliation mediation (mediation). The objectives of the legal regulation were to establish a detailed and clear regulation of mediation, to create legal preconditions for mediation and to promote its development in civil, criminal and administrative proceedings, to create conditions for simpler and more efficient resolution of disputes, to reduce the workload of courts. Many of the goals of the concept have already been achieved, including by providing for mediation by members of the Lithuanian Administrative Disputes Commission from 2021 onwards.

The new legal framework may, in principle, serve as a basis for the implementation of the amendments to the Law on Mediation concerning extrajudicial mediation. The concept of “administrative dispute” established by the Draft Law prepared by the Ministry of Justice of the Republic of Lithuania is understood to be a dispute adjudicated in an administrative court under the procedure established by the Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania¹³. The list of mediation management entities additionally includes the chairman of the Lithuanian Administrative Disputes Commission, which establishes the procedure for organizing and executing extra-judicial mediation in the Commission and its subdivisions, and organizes the monitoring of extra-judicial mediation in administrative disputes¹⁴. Pursuant to the draft law, non-judicial mediation is planned to take place at the premises of the Lithuanian Administrative Disputes Commission. If the parties choose a member of the commission as a mediator, the parties will in any case be free of mediation. The process of mediation is envisaged by analogy with the civil mediation process, with the possible specific modifications mentioned in the draft law, which may be established by the chairman of the Lithuanian Administrative Disputes Commission by the end of 2020, December 31 the procedure for organizing and executing extra-judicial mediation in the Commission and its divisions. It is also important to emphasize that peace agreements concluded during non-judicial mediation of administrative disputes will be subject to the requirements

¹² Minister of Justice of the Republic of Lithuania (2015). Order of the Minister of Justice of the Republic of Lithuania 1R-268 “Concerning the conception of the development of the system of mediation”. Legislative register, 2015-13939 [Lietuvos Respublikos teisingumo ministro įsakymas № 1R-268 „Dėl taikinamojo tarpininkavimo (mediacijos) sistemos plėtros koncepcijos patvirtinimo“. Teisės aktų registras, 2015-13939].

¹³ Seimas of the Republic of Lithuania (2018). Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania. Legislative register, 2018-21856 [Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymas (2018). Teisės aktų registras, 2018-21856].

¹⁴ Seimas of the Republic of Lithuania (2018). Law of the Republic of Lithuania on Mediation in Civil Disputes X-1702 Amending Law № XIII-534 Amendment Bill [Lietuvos Respublikos civilinių ginčų taikinamojo tarpininkavimo įstatymo № X-1702 pakeitimo įstatymo № XIII-534 pakeitimo įstatymo projektas, 18-4796(3)].

set forth in the Law on Pre-trial Administrative Dispute Resolution and other laws of the Republic of Lithuania.

The draft law¹⁵ is accompanied by an explanatory memorandum specifying the requirements for persons seeking to mediate in administrative disputes. Under the guidance provided, non-judicial mediation mediators may be individuals who meet the general qualification requirements for mediators on the list of mediators. Such intended regulation means that there will be no separate requirements for mediators (except for hearing a short training program on mediation in administrative disputes) in administrative proceedings. Even the members of the Lithuanian Administrative Disputes Commission, who will have the right to mediate in accordance with their duties, will have to meet the general requirements for mediators – to pass the mediator qualification examination, to be compulsorily enrolled, and to be of good repute. Thus, under the proposed legal framework, mediators could mediate not only administrative but also civil disputes. Whether this is the appropriate solution, and certainly because of the specificity of the administrative process and the dispositive regulation of disputes arising therefrom, it is not mandatory that only mediators with specific knowledge and practical experience in the administrative process will be discussed later in this study.

As already mentioned above, one of the basic principles of the activities of public administration entities, established in Article 3 of the Law on Public Administration of the Republic of Lithuania (LPA), is the principle of the rule of law, which stipulates that decisions and activities relating to the exercise of the rights and obligations of individuals must always be based solely on the law¹⁶. When drafting laws on the regulation of non-judicial mediation in administrative proceedings, it was emphasized that “a public administration entity may correct only errors in decisions which, when corrected, may not result in less rights or obligations for the person than those established in the decision. The principle of legality and the binding nature of a decision taken by a public administration entity imply that the decision taken by the public administration entity is valid until annulled by a superior public administration entity (if available) or

¹⁵ Seimas of the Republic of Lithuania (2018). Concerning the Law on Mediation in Civil Disputes of the Republic of Lithuania № X-1702 Amendment Act № XIII-534 of the Republic of Lithuania Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania № VIII-1029 of the Law on Amending Articles 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 and Supplementing the Law with Articles 79-1 and 79-2; VIII-1031 to the Seimas of the Republic of Lithuania (dated November 28, 2018 № 1190). URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/f56939b4f85611e895b0d54d3db20123?jfwid=-14itv2ko6m> [Dėl Lietuvos Respublikos civilinių ginčų taikinamojo tarpininkavimo įstatymo № X-1702 pakeitimo įstatymo № XIII-534 pakeitimo įstatymo, Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo № VIII-1029 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 straipsnių pakeitimo ir Įstatymo papildymo 79-1, 79-2 straipsniais įstatymo, Lietuvos Respublikos ikiteisminio administracinių ginčų nagrinėjimo tvarkos įstatymo № VIII-1031 pakeitimo įstatymo projektų pateikimo Lietuvos Respublikos Seimui (2018 m. lapkričio 28 d. № 1190). URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/f56939b4f85611e895b0d54d3db20123?jfwid=-14itv2ko6m>].

¹⁶ Seimas of the Republic of Lithuania (2019). Law on Public Administration of the Republic of Lithuania. Legislative register, 2019-10362 [Lietuvos Respublikos viešojo administravimo įstatymas (2019). Teisės aktų registras, 2019-10362].

by a court”¹⁷. The legislature does not provide for the direct insurance body to annul or invalidate an administrative act of its own, conferring certain rights on a person. However, subject to the provisions of Article 6 (2) and (3) of the LPA, public authorities shall have the power to issue administrative acts only in accordance with the statutory powers¹⁸.

Starting January 1, 2020 Paragraph 3 of the LPA was supplemented with paragraph 14, which introduced a new principle of public administration – the prohibition against bad faith (*non reformatio in peius*). The introduction of this new principle is a very relevant amendment to non-judicial mediation in administrative proceedings, as it is now legally mandated that the public administration be prohibited from taking or altering a decision taken in the wrong direction (*non reformatio in peius*). Article 34 (1) of the Law is also amended as follows: “A public administration may not, in adopting a decision on an administrative proceeding, aggravate the situation of the person subject to the administrative proceedings. The person subject to the administrative procedure shall be notified in writing within 3 working days of the date on which the decision on the administrative procedure was taken, stating the facts established during the examination of the complaint, the legal acts governing the administrative procedure and the decision, the procedure for appeal <...>”. Thus, such an amendment of the law conditionally determines the competence and powers of the public administration entities in relation to the annulment or amendment of their own decisions, i. e. they shall have the right to review and amend any decision taken, in accordance with the principle that the position of the person subject to the administrative decision should not be aggravated. Likewise,

¹⁷ Supreme Administrative Court of Lithuania (2012). Order of the Supreme Administrative Court of Lithuania of November 8, 2012 decision in the administrative case № A⁶⁰²-151/2012 [Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2012 m. lapkričio 8 d. nutartis administracinėje byloje № A⁶⁰²-151/2012].

Supreme Administrative Court of Lithuania (2012). Order of the Supreme Administrative Court of Lithuania of March 12, 2012 decision in the administrative case № A⁶⁰²-227/2012 [Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2012 m. kovo 12 d. sprendimas administracinėje byloje № A⁶⁰²-227/2012].

Supreme Administrative Court of Lithuania (2014). Order of the Supreme Administrative Court of Lithuania of May 15, 2014 decision in the administrative case № A⁵⁰²-1017/2014 [Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2014 m. gegužės 15 d. sprendimas administracinėje byloje № A⁵⁰²-1017/2014].

¹⁸ Seimas of the Republic of Lithuania (2019). Law of the Republic of Lithuania on Mediation № X-1702 Amendment Act, Republic of Lithuania Law on Mediation in Civil Disputes № X-1702 Amendment Act № Article XIII-534 of the Law on Amending Article 2 of the Law on Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania № VIII-1029 of the Law on Amending Articles 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 and Supplementing the Law with Articles 79-1, 79-2; VIII-1031 Amendment Bill Approval Certificate. URL: http://lr.lt/uploads/main/meetings/docs/1078023_imp_2cc53e3b5266ef87bc2b9b0feaf4fa13.pdf [Lietuvos Respublikos mediacijos įstatymo № X-1702 pakeitimo įstatymo, Lietuvos Respublikos civilinių ginčų taikinamojo tarpininkavimo įstatymo № X-1702 pakeitimo įstatymo № XIII-534 2 straipsnio pakeitimo įstatymo, Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymo № VIII-1029 20, 28, 36, 40, 44, 51, 56, 59, 67, 79 straipsnių pakeitimo ir įstatymo papildymo 79-1, 79-2 straipsniais įstatymo, Lietuvos Respublikos ikiteisminio administracinių ginčų nagrinėjimo tvarkos įstatymo № VIII-1031 pakeitimo įstatymo projektų derinimo pažyma. URL: http://lr.lt/uploads/main/meetings/docs/1078023_imp_2cc53e3b5266ef87bc2b9b0feaf4fa13.pdf].

the person who is the subject of an administrative proceeding has a discretion, the public administration entity must inform the person of the commencement of the administrative procedure within 3 days, and the person, having received such information and in order to resolve a possible dispute with the public administration entity, may propose to initiate non-judicial mediation.

The scope of the decision of the public authority as a result of the decision is extended so that it can not only rectify the manifest errors of the decision but can also review the decision, possibly in the public interest or other public interest, without worsening the existing situation of the person subject to the administrative procedure. Given that the public administration entity acquires the right without compromising the ability of the person subject to the administrative decision to review it, a prerequisite for mediation arises¹⁹.

It should be noted that the successful application of mediation in the administrative process is strongly influenced by the nature of the dispute. It is believed that in administrative disputes concerning material, tax relations, civil service, administration of national, European Union and foreign financial assistance, the possibility of mediation seems realistic in order to resolve the dispute and restore the balance of social peace in a manner acceptable to all parties to the dispute. It is important to note that this type of conflict usually arises from the annulment of the decision, the obligation to take action, and in some cases this includes the claim for pecuniary and non-pecuniary damage. Mediation could be used to resolve various disputes in which the public administration has the discretion to review the decision and to resolve the dispute at its own discretion. Such an opportunity would enable the institution to take account of the situation and to assess, on the basis of the principle of proportionality, whether the means employed were fit for purpose²⁰. A working group of administrative law specialists was established by the Ministry of Justice of the Republic of Lithuania on the extension of the competence of the Lithuanian Administrative Disputes Commission. This working group has prepared a package of proposals for amendments to the ABT, IAGNT, the Civil Service Law, the Penal Enforcement Code, the Law on the Legal Status of Aliens and the Law on Tax Administration (hereinafter – the LAA). The proposals submitted contain conclusions on the establishment of a mandatory pre-litigation procedure in administrative proceedings.

Proposed to the legislature on January 1, 2021 to expand the competence of the Lithuanian Administrative Disputes Commission by making complaints as a mandatory pre-trial administrative disputes commission:

Compensation for damage caused by unlawful actions of state administration entities and municipal administration entities (Article 6.271 of the Civil Code of the Republic of Lithuania).

¹⁹ Jakaitė, A. (2016). Settlement agreement between the supervisory authority and a financial market participant: only theoretical possibility or achievable reality? *Money Studies*, no. 1, pp. 54 [Jakaitė A. Taikos sutartis tarp priežiūros institucijos ir finansų rinkos dalyvio: tik teorinė galimybė ar pasiekiamą realybę? *P pinigų studijos*. 2016. № 1. P. 50–60].

²⁰ Meskys, L., Mazvydas, G. (2015). Is there a possibility of mediation in administrative proceedings in the Republic of Lithuania? *Law review*, no. 1(12), pp. 141 [Meškys L., Mažvydas G. Ar galima mediacija administraciniame procese Lietuvos Respublikoje? *Teisės apžvalga*. 2015. № 1(12). P. 130–158].

Labor disputes, where one of the parties to the dispute is a civil servant or official, as well as complaints about the recognition of a misconduct by a public servant and the determination of the official penalty to be imposed on him, unless otherwise provided by law Dispute resolution procedures.

Complaints against a decision to refuse to issue, change or revoke a temporary residence permit in the Republic of Lithuania or a long-term residence permit in the European Union, as well as appeals against a decision to refuse to issue or revoke a work permit in the Republic of Lithuania.

Such an extension of the competence of the Lithuanian Administrative Disputes Commission and the procedure established by the Commission for Compulsory Pre-trial Dispute Settlement of Administrative Disputes, the object and object of which is substantive relations (indemnification, service dispute, etc.) would be very useful and relevant for extrajudicial mediation in administrative proceedings. While so far both administrative law scholars and practitioners have unequivocally argued that mediation in administrative proceedings is a difficult method of resolving a dispute, the specificity of the dispute itself, since the dispute at issue has no substance and renders the parties' ability to reach agreement very limited or impossible. The introduction of a mandatory pre-trial investigation of administrative disputes would also fulfil one of the objectives of the state – to reduce the workload of administrative courts, thus ensuring the fastest, simpler and less costly resolution of administrative disputes.

3. Undertakings for non-judicial mediation

According to the newly drafted legal regulation, the subjects of implementation of extra-judicial mediation in administrative proceedings will be the pre-litigation dispute resolution institutions – the Lithuanian Administrative Disputes Commission, and for disputes arising from tax legal relations – the Tax Disputes Commission (hereinafter – MGK)²¹. It is reasonable to say that the choice of entities for the non-judicial mediation was very logical in the sense that such a model of pre-trial dispute resolution institutions was already approved by the Supreme Administrative Court of Lithuania in 2010 shaping the practice of administrative courts in Lithuania. “In the Lithuanian system of administrative justice, the classification of non-judicial administrative dispute resolution bodies according to whether it is necessary to resolve an administrative dispute before an non-judicial institution is probably the most relevant. On this basis, a distinction is made between mandatory and optional non-judicial redress procedures for administrative disputes. Mandatory pre-litigation administrative litigation implements the principle and the goal of the administrative justice system that the court be the last resort for the protection of infringed rights and can only be approached after all other remedial measures are available”²². The conduct and proper enforcement of pre-

²¹ Whitehead, S. (ed.) (2018). The Tax Disputes and Litigation Review. Sixth Edition. London: Law Business Research Ltd. 450 p.

²² Case law of the Supreme Administrative Court of Lithuania, a summary of the application of the rules governing the non-judicial settlement of disputes (part 1) [Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo praktikos, taikant išankstinio ginčų nagrinėjimo ne per teismą tvarką reglamentuojančias teisės normas, apibendrinimas (I dalis), psl. 457].

trial mediation and its further development are fully justified. According to the activities of the Lithuanian Administrative Disputes Commission for twenty years, it is clear that the process of resolving disputes is expeditious, disputes are resolved quickly and there is no need for representation in the Commission, because the process of litigation is quite simple and straightforward. Among other things, it is free for parties, i. e. there is no stamp duty and the parties do not have to bear each other's costs. Another important advantage is the status of the commission itself and its members. The Commission is an independent pre-litigation body. In performing its administrative dispute resolution function, the Commission acts as an independent quasi-court and acts in accordance with the laws of the Republic of Lithuania on Administrative Litigation and Administrative Dispute Commissions of the Republic of Lithuania. When solving administrative disputes, the Commission shall apply both the laws and regulations of the Republic of Lithuania and the legal regulation of the European Union in the respective field, taking into account the case law of the European Court of Justice and the Supreme Administrative Court of Lithuania. Legislation does not confer on the Commission the status of a managing authority, but is a law enforcement authority that contributes to the administration of justice. Accordingly, according to the proposed legal framework, this commission could, after the change of legislation, carry out extrajudicial mediation in administrative justice, taking into account the model of the mediation system.

Non-judicial mediation of administrative disputes, under the new legal framework, will only be possible once the dispute has already been initiated and resolved by the Commission or its territorial offices. The choice of legislators is logical, bearing in mind that the Lithuanian Commission on Administrative Disputes is intended as a mediation management entity that will ensure the organization and proper administration of non-judicial mediation in administrative proceedings. It is also suggested that the mediators in the extra-judicial mediation process be members of the dispute commission or of their choice by other mediators on the list maintained by the State-guaranteed Legal Aid Service. However, this is where the first problem arises, which can have a major impact on the further development of non-judicial mediation in Lithuania's administrative process. The current and prospective qualification requirements for mediators require that they all meet the common requirements, have a high school education, take a 40-hour course, be of good repute and pass the mediator qualification requirement. There are no additional qualifying requirements for the area of mediation in which it will take place, be it family or other civil, administrative, criminal, etc. The only intended extension, following the entry into force of the amendments to the Law on Mediation from 2021 onwards, is the possible addition of a short course on administrative law and its process to the training of mediators, as well as a qualifying examination in administrative law. I believe that such a provision is open to criticism because, as already mentioned, there is no requirement for mediators to have a legal background, it can be for anyone with a university degree, and there is no requirement to have specific knowledge in a mediated

Republic of Lithuania Government (2010). Republic of Lithuania Government Resolution "On bodies under the ministries" (dated October 20, 2010 № 1517). URL: <https://www.infolex.lt/ta/139863> [Lietuvos Respublikos Vyriausybės „Dėl įstaigų prie ministerijų“ (2010 m. spalio 20 d. nutarimas № 1517). URL: <https://www.infolex.lt/ta/139863>].

dispute. Legal theorists and practitioners are unanimous in agreeing that administrative proceedings are imperatively regulated legal proceedings and that disputes arising from administrative disputes are resolved only in the manner prescribed by law. Among other things, one party to an administrative dispute will always be a public administration or an entity whose organizational structure, activities, decisions made on the basis thereof and their implementation are governed by law. Therefore, when conducting mediation in this area of law, the mediator needs special knowledge and experience in this area of law in order to properly mediate the dispute and not violate the general principles of mediation.

The other issue is also not further explored, which is neither the scientific literature nor the draft legislation on the rules for non-judicial mediation in administrative proceedings, which should provide space for mediation (if a mediator is selected from a list rather than a member of the ADR panel)) whether a mediation deadline should be set and what it should be (presumably, failure to set a mediation deadline would have the effect of delaying the completion of the administrative procedure).

Another problem that has not been called into question is the payment of non-judicial mediation in administrative proceedings. As one of the parties to the dispute will always be a state or municipal authority, or both parties may be subordinate to the public administration, it is unclear how mediation will be settled. In a situation where the parties agree to share or the costs of mediation should be borne by the public administration, the public administration would not be required to carry out the procurement procedures under the law on public procurement first in order to select the appropriate service provider mediator. In that case, the wish of the other party to use the mediator and list he wishes would be rendered unworkable by the imperative statutory procedure of mandatory procurement procedures. There would be no problem if the mediation was conducted by members of the Administrative Disputes Commission, because then the mediation could be done free of charge as the premises would be used by the Dispute Commission, Dispute Commission members, and no additional remuneration shall be payable to them. However, choosing a mediator from the list would cause the aforementioned problems, since choosing a mediator on the list requires you to agree with him/her on the price of the mediation service, other terms and conditions such as rent, facilities and payment for mediation services. Another alternative to free mediation would be the introduction of mandatory mediation for individual administrative disputes. In such a case, it is provided that the State shall ensure the use of compulsory mediation free of charge, y. by financing it from the state budget. In this case, the parties to the dispute, or one of them, must contact the State Guaranteed Legal Aid Office and up to 4 hours of mediation will be provided free of charge to the parties to the dispute through compulsory mediation.

It has already been discussed in this study that, according to the proposed model for the introduction of non-judicial mediation, mediation would be initiated in those disputes that have been referred to the Administrative Disputes Commission. However, the question is whether such a model will be appropriate and whether the basic principles of mediation, i. e. whether a person's written offer for non-judicial settlement of the dispute should be submitted and mediated during the administrative procedure, or whether such submission and mediation should exist as an independent institute. It is considered that

non-judicial mediation as an independent institute could not function properly and is due to the imperative of the administrative process. Such a position is formed on the basis that non-judicial mediation is primarily a matter of regulation of the Law on Public Administration and must be assessed in accordance with that law.

Under the current legal framework, the pre-litigation procedure is initiated after the chairman of the Lithuanian Administrative Disputes Commission or a member of the commission appointed to resolve the issue of acceptance of the complaint. In doing so, the panel first determines whether the complaint is properly considered to be a matter of dispute within the meaning of administrative law, and refuses to admit the complaint after stating the deficiencies or the ineligibility of the complaint. In this case, if it were decided that non-judicial mediation would be an independent institute and the mediation would be conducted by non-administrative law practitioners, in practice there would be many situations where non-judicial mediation for disputes other than administrative disputes would occur. The Supreme Court of Lithuania appealed an administrative case regarding a citizen's request to award damages to a public administration entity due to unlawful acts of state authorities, which must be compensated by the state from the state budget despite the fault of a particular civil servant or other employee. The Court of First Instance examined the case essentially, finding that there were no binding civil liability rules on the basis of which the non-pecuniary damage claimed by the applicant could be awarded. However, in the SACL case, it found that the court of first instance misapplied the procedural rules and failed to clarify whether the defendant was eligible in the present case and, finding that it did not meet the public service entity requirements of the LPA²³. According to this jurisprudence, it would appear that extra-judicial mediation would be most efficiently and fairly conducted in administrative proceedings if the mediators were selected by administrative law professionals who, having already agreed to mediate, identify the dispute as administrative, know the subtleties of public administration

The status of the Tax Disputes Commission has been upheld by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in its judgment of October 21, 2010 in case № C385/09 *Nidera Handelscompagnie BV v State Tax Inspectorate* under the Ministry of Finance of the Republic of Lithuania²⁴. The CJEU noted that MGK is indeed affiliated with the Ministry of Finance of the Republic of Lithuania, to which it is required to submit annual reports and with which it is obliged to cooperate. The CJEU has stated that it takes into account all circumstances, y. whether the body is established by law, is operating on a permanent basis, has binding jurisdiction, has an adversarial process,

²³ Supreme Administrative Court of Lithuania (2019). Order of the Supreme Administrative Court of Lithuania of June 5, 2019 decision in the administrative case № A-1764-624/2019 [Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2019 m. birželio 5 d. nutartis administracinėje byloje № A-1764-624/2019].

²⁴ Supreme Court of Lithuania (2010). *Nidera Handelscompagnie BV* against State Tax Inspectorate under the Ministry of Finance of the Republic of Lithuania: Judgment of the Court (Third Chamber), dated October 21, 2010. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=lt&jur=C,T,F&num=C-385/09&td=ALL> [Nidera Handelscompagnie BV prieš Valstybinę mokesčių inspekciją prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos: Teisingumo Teismo (trečioji kolegija) sprendimas (2010 m. spalio 21 d.)]. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=lt&jur=C,T,F&num=C-385/09&td=ALL>].

applies legal rules and is independent (Judgment of 17 September 1997, Dorsch Consult, C 54/96, ECR I 4961, paragraph 23 and the case-law cited). The CJEU has stated that it is clear from Article 148 (2) of the CISA that the purpose of MGK is to objectively investigate a taxpayer's complaint and to reach a lawful and reasoned decision. Pursuant to Article 148 (4) of the CISA, the members of this panel shall be appointed for a term of six years and shall be of good repute. Pursuant to Article 148 (6) of the CCIP, its members may serve only on that panel. Finally, paragraph 26 of the MGK Regulations provides for the procedure for the removal of the members of that panel in the event of a conflict of interest. The CJEU has held that these provisions provide MGK with the necessary independence to be treated as a "court" for the purposes of Article 234 EC. However, the ECJ noted that this analysis is not called into question by the fact that this panel is linked to the organizational structure of the Ministry of Finance and is required to submit annual reports to it. Thus, the aforementioned judgment of the ECJ underlined the importance of MGK's independence from the Ministry of Finance, which exercises the rights and obligations of the owner of the tax administrator (Customs Department and State Tax Inspectorate).

MGK regulations state that this commission shall consist of 5 members, one of whom shall be the chairman of the commission. The Chairman of the Commission and its members shall be appointed by the Government of the Republic of Lithuania on a joint proposal of the Minister of Finance and the Minister of Justice for a term of six years. The new separate law must ensure the selection and status of MGK and MGK members that will guarantee the independence of this quasi-judicial body from the executive. MGK must become an independent quasi-court to hear tax disputes. The concept of tribunal is a common law tradition in countries where there are many different types of administrative dispute committee²⁵. Tribunal means a specialized quasi-judicial body in which the settlement of disputes is less formal than in court and in which the litigants are not judges. Tribunals have broader functions than just dispute resolution – they also offer mediation and alternative dispute resolution. Basically, considering the above mentioned goals and objectives of MGK, this commission is already there. Thus, mediation in tax disputes is possible because there are potential peace treaties in this area. The MA provides for some discretion of the tax authority, which allows for choice of solutions, which would be a prerequisite for mediation. Mediation can also have an educational-informational function, y. to help the taxpayer understand the offense and find ways to remedy it. MGK could be the administrator of mediation services and its members as mediators, but certain conditions are required. MGK members should comply with the requirements set out in Article 6 of the Law on Mediation: first, they must be on the list of Lithuanian mediators and, secondly, if mediation fails, they should not be able to deal with the same dispute in substance. Such provisions shall be set out in the Law on Mediation and in a separate law, if any, for the activities of MGK. These laws should establish and apply similar rules to those applicable to judicial mediation. It is noteworthy that in tax disputes, mediation could be more widespread (mediator-style mediator intervenes more by giving recommendations or opinions to the parties as to what would happen if the dispute was resolved in court). Expressing their views

²⁵ Tribunal. *Collins vocabulary*. URL: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/tribunal>.

on the merits or demerits of the dispute), since the specificity and complexity of legal regulation require the mediator to have specialist knowledge in the field.

However, the Ministry of Finance commented on MGK's proposed changes to the MLA regarding mediation, stating that "The bill proposes that parties to the dispute would no longer be able to sign an agreement under Article 71 of the MGA after the administered by MGK. Against this background, the proposed legal framework, by limiting the scope of the agreement provided for in Article 71 of the LPA, would not fully achieve the purpose of the bill to promote peaceful dispute resolution in tax disputes and reduce the workload for administrative courts. It is advisable to improve the current Article 71 of the LPA and to provide for the possibility of using non-judicial mediation in tax assessment and/or tax investigations, as well as at any stage of the tax dispute resolution process. In order to achieve a better balance between the rights of the parties to the dispute, to further facilitate a peaceful settlement of tax disputes by reducing the potential predominance of the tax authority in the settlement, Article 71 of the LPA suggests that parties (taxpayer and and mediators included in the list of mediators of the Republic of Lithuania drawn up and maintained by the State-guaranteed Legal Aid Service"²⁶.

The current Article 71 of the LPA defines the institute on the level of the fee. Currently, Article 71 (1) of the LPA already provides for the possibility of a friendly settlement of the dispute. The tax authority and the taxpayer may sign an agreement on the amount of the tax and related amounts (hereinafter referred to as the agreement) if neither party has sufficient evidence to justify its calculations. When such an agreement is signed, the taxpayer loses the right to challenge the correctness of the tax assessment and the tax authority loses the right to calculate the amount specified in the agreement. The said agreement may be signed during tax investigations or tax audits, as well as during all stages of the tax dispute resolution process.

The agreement between the taxpayer and the tax authority is reached through direct communication between the taxpayer and the tax authority. Such an agreement can also be reached through mediation. Mediation – helping the parties to a dispute to reach an agreement. The purpose of mediation is to create the conditions for the parties themselves to find solutions and reach peaceful agreements where possible. The mediation process is managed and coordinated by an independent, impartial mediator. The European Code of Mediation emphasizes the need for the mediator to be independent, neutral and impartial. It is MGK members who are independent and impartial in tax disputes, so they could not only be arbitrators as they are now, but also mediators. By establishing a separate law and the Law on Mediation, the possibility of mediation in the settlement of disputes at MGK and the granting of permission to MGK members to be mediators would be more effective in settling tax disputes and would ensure greater peaceful settlement. The assistance of mediators would facilitate communication between the parties to the dispute and increase the number of peaceful settlements.

²⁶ Republic of Lithuania Government (2019). Government of the Republic of Lithuania Resolution № 886 of the Republic of Lithuania on Tax Administration Law № IX-2112 Amending Articles 2, 71, 155, 156 and Supplementing Articles 711, 712 and 713 of Bill I XIIIIP-2303 (dated August 28, 2019). URL: <https://www.infolex.lt/ta/548329> [Lietuvos Respublikos Vyriausybės nutarimas № 886 „Dėl Lietuvos Respublikos mokesčių administravimo įstatymo № IX-2112 2, 71, 155, 156 straipsnių pakeitimo ir įstatymo papildymo 711, 712 ir 713 straipsniais įstatymo projekto № XIIIIP-2303“ (2019 m. rugpjūčio 28 d.). URL: <https://www.infolex.lt/ta/548329>].

4. Conclusions

To sum up, it can be concluded that it would be expedient to reorganize and reform the pre-litigation dispute settlement system and institutional system in order to strengthen the status of MGK and expand its competence. MGK must become a fully independent quasi-judicial body dealing with all types of tax disputes, not just tax disputes. There is a separate special law for tax litigation, consisting of two main parts regulating MGK's status and selection of members, ensuring MGK's independence from the executive (especially the Ministry of Finance, which also controls tax administrations), commission members, and labor rights, the pre-litigation procedure for tax disputes. MGK must become the only mandatory quasi-judicial body for pre-litigation tax disputes, since the current practice of handling such disputes by the tax authority itself is flawed and contrary to the principles of independence and impartiality.

The legal regulation of non-judicial mediation in the administrative process, prepared by the legislators, is based on analogy with the regulation of mediation in civil law. As judicial mediation in administrative proceedings is already legally regulated, as a complete analogue to civil mediation and administrative courts already apply it in practice, it is expected that the regulation of non-judicial mediation in administrative proceedings will follow a similar model. However, it is important to note that legal practitioners do not see, or at least hope to avoid, many of the threats to the application of the law and other interferences that may affect the improper implementation of extrajudicial administrative proceedings. The imperative model of public law prevailing in public law, in effect, narrows the boundaries of a peaceful agreement in public law, and the settlement agreement between the parties cannot in any way conflict with the imperative provisions of law, regulation or the public interest. The general principles of mediation, which are appropriate and directly applicable in civil law, make most of the principles difficult to implement in the administrative process.

According to the proposed non-judicial mediation model, such mediation will only be possible once the dispute has been initiated and resolved by the Lithuanian Administrative Disputes Commission or its territorial offices. Such a model is acceptable given the practical work of the commission and the existing legal framework, and the commission could operate on the basis of the mediation model of administrative courts. However, the immediate question arises as to whether non-judicial mediation is only possible after the initiation of an administrative dispute with a particular public authority. Critics comment that the principle of the protection of individual rights and freedoms is violated because a person cannot directly apply to a public administration entity, whose decision is subject to administrative dispute. In this way, the principles of voluntary mediation and confidentiality of mediation are not implemented, because the dispute triggers litigation, the preparation of pleadings, the need to have a representative and many other nuances that may render extrajudicial mediation less attractive. It follows, *inter alia*, that no separate rules are laid down for the exercise of non-judicial mediation in administrative proceedings, but that the existing rules on non-judicial mediation in civil proceedings cannot be used because of the contradiction with the fundamental principles of mediation. The question of the qualifications of mediators remains unresolved, as legal theorists do not agree on what the qualifications of mediators in extrajudicial administrative proceedings should be. There is disagreement as to whether a person

who has completed only an additional course on administrative law will acquire the necessary knowledge and qualifications, as well as whether it is necessary to have a legal education and a thorough knowledge of the principles of public administration. In this case, the problem of qualification would be resolved if the mediators in the non-judicial mediation process were members of the dispute commission, but the problem again arises whether all the members of the panel will want to become mediators, whereas, under the current legal framework, there is no qualification requirement for the members of a dispute panel other than having a legal education, nor is there a mandatory requirement to become a member of a panel, to be a mediator.

It should be noted that the successful application of non-judicial mediation in administrative proceedings is highly influenced by the nature of the dispute. It is believed that in administrative disputes concerning material, tax relations, civil service, administration of national, European Union and foreign financial assistance, the possibility of mediation seems realistic in order to resolve the dispute and restore the balance of social peace in a manner acceptable to all parties to the dispute. It is important to note that this type of conflict usually arises from the annulment of the decision, the obligation to take action, and in some cases this includes the claim for pecuniary and non-pecuniary damage. The first steps have already been taken, the law stipulates that a public administration entity may not aggravate the situation of the person subject to the decision by making or modifying the decision. The drafts initiated in this way are related to the extension of the jurisdiction of the disputes dealt with by the Administrative Disputes Commission, which gives hope that before the new version of the Law on Mediation comes into force, other legal acts will be regulated to allow successful non-judicial mediation.

ПОЗАСУДОВА МЕДІАЦІЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ ЛИТВИ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

Егле Білевічуте,

*професор факультету права
Інституту публічного права
Університету Миколаса Ромеріса,
доктор юридичних наук, професор
orcid.org/0000-0003-4142-3774
eglek@mruni.eu, eglutebil@gmail.com*

Вайдас Мілюс,

*аспірант факультету права
Інституту публічного права
Університету Миколаса Ромеріса
vamilius@stud.mruni.eu, miliusvaidas12@gmail.com*

Стаття є першим науковим дослідженням у циклі робіт щодо позасудової медіації в адміністративному процесі Литви.

Мета. У статті охарактеризовано нове правове регулювання позасудової медіації, передбачуване в адміністративному процесі Литви, на основі аналізу робіт литовських науковців у цій

галузі та нових проєктів нормативно-правових актів через категорії, визначені в дослідницьких завданнях. Мета статті – стисло представити та обговорити інститут позасудової медіації в науці й практиці литовського адміністративного права, а також його сучасний і передбачуваний розвиток у системі адміністративного судочинства; визначити та проаналізувати цілі позасудової медіації в новому адміністративному правовому регулюванні, передбачувані можливості позасудової медіації як альтернативи мирному вирішенню спорів у системі адміністративного права Литви. Для досягнення мети й завдань дослідження проаналізовано роботи литовських учених, основні закони та нові нормативно-правові акти, які реалізують позасудову медіацію, досудове адміністративне провадження та адміністративно-правове регулювання Литви.

Методи. У дослідженні використано порівняльний аналіз та аналіз документів, системний та інші методи.

Результати дослідження. Є досить підстав стверджувати, що Литва, з огляду на успішне впровадження медіації в цивільному праві, підготувала відповідні зміни до нових законів та інших правових актів, а також створила ефективну оперативну базу для належного функціонування позасудового посередництва в досудовому розгляді справ про адміністративні правопорушення.

Висновки. Підсумовуючи результати дослідження, можна зробити висновок, що правове регулювання позасудової медіації, розроблене законодавцями, базується на аналогії з регулюванням медіації в цивільному праві. Оскільки судова медіація в адміністративному судочинстві вже законодавчо врегульована як повний аналог цивільній медіації, яку адміністративні суди вже застосовують на практиці, передбачається, що регулювання позасудової медіації в адміністративному судочинстві буде дотримуватися такої ж моделі. Згідно із запропонованою моделлю досудової медіації вона стане можливою лише після ініціювання та вирішення спору Комісією з питань адміністративних спорів Литовської Республіки або її територіальними управліннями. Така модель є прийнятною з огляду на практичну роботу комісії та наявне правове регулювання (комісія могла би здійснювати діяльність на основі моделі посередництва адміністративних судів). Однак питання професійної кваліфікації медіаторів залишається невирішеним, оскільки правознавці не дійшли згоди в тому, яку саме кваліфікацію повинні мати медіатори в позасудовому адміністративному судочинстві. Розбіжності виникають у питаннях про те, чи здобуде людина, яка закінчила лише додатковий курс з адміністративного права, необхідні знання й кваліфікацію, а також чи потрібно мати юридичну освіту та ґрунтовні знання принципів державного управління.

Варто зазначити, що характер спору значно впливає на успішне застосування позасудової медіації в адміністративних провадженнях. Вважається, що в адміністративних спорах, які стосуються матеріальних, податкових відносин, державної служби, управління національною фінансовою сферою, допомогою Європейського Союзу та іноземною фінансовою допомогою, реалістичною видається можливість посередництва для вирішення спору та відновлення балансу соціального миру прийнятним для всіх учасників спору способом. Перші кроки вже зроблені. Так, закон передбачає, що суб'єкт державного управління не може погіршувати становище особи, приймаючи чи змінюючи рішення, яке має вплив на таку особу. Проєкти, ініційовані в такий спосіб, пов'язані з розширенням юрисдикції спорів, які розглядаються Комісією з питань адміністративних спорів, з метою набуття чинності новою редакцією Закону про медіацію, а інші нормативно-правові акти, які сприятимуть успішному позасудовому посередництву, будуть урегульовані.

Ключові слова: наука адміністративного права, адміністративне право, позасудова та судова медіація, публічне адміністрування, правова доктрина.

EINIGE PROBLEME DER ENTWICKLUNG DER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT IN DER REPUBLIK USBEKISTAN

I. Einleitung

II. Allgemeine Prinzipien des Rechtsschutzes der Bürger gegen Verwaltungshandeln

1. Das Wesen der gerichtlichen Verwaltungskontrolle

2. Grundstrukturen des Verwaltungsrechtsschutzes

III. Theoretische Grundlagen und einige Probleme der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Verwaltungsgerichtsbarkeit als ein wissenschaftliches Problem

a) Diskussion um die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit

b) Begriffe und verfassungsrechtliche Herausforderungen

c) Tragende Prinzipien eines rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Verwaltungsprozesses

d) Verwaltungsgerichtsbarkeit als wichtige Einrichtung im öffentlichen Interesse

2. Relevante gesellschaftliche, politische und rechtliche Bedingungen für die Akzeptanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit

a) Das Wesen der Verwaltungsreform als Systementscheidung

b) Rolle des Rechts in der rechtsstaatlichen Modernisierung des Staates

IV. Schlussbemerkungen

Dr. iur. **Azamat
Egamberdiev,**
*Dozent der Taschkenter
Staatlichen Juristischen
Universität beim
Justizministerium der
Republik Usbekistan*
orcid.org/0000-0001-5152-9885

I. Einleitung

Dem gerichtlichen Verwaltungsrechtsschutz kommt im Rechtsstaat eine grundlegende Bedeutung zu. Es ist jenes Institut, welches den Bürger aus der Rolle eines Objektes der Verwaltung befreit und in den Status eines Rechtssubjektes erhebt, das seine Ansprüche gegenüber den Trägern öffentlicher Verwaltung gleichberechtigt geltend machen, d.h. ein bestimmtes Handeln, Dulden oder Unterlassen fordern kann.

Im 2018 kam es in der Republik Usbekistan zu einem Ereignis, am 26. Januar d. J. wurde das Gesetzbuch der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege verabschiedet. Es ist erster fortschrittlicher Gesetzgebungsakt, der tradierte prozessuale Normen in ein neues öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut integriert, das die Rechte der Bürger schützt. Die Verabschiedung dieses Gesetzgebungsakts zeigt, dass Usbekistan, sich stützend auf seine eigene Rechtstradition, den Anschluss an die Entwicklungstendenzen des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts der kontinental-europäischen Staaten sucht. In diesem Zusammenhang besteht aktuell die Notwendigkeit, Fragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, der bei der rechtsstaatlichen Modernisierung des Staates eine grundlegende Rolle zugewiesen wird, zu erforschen.

Vorliegender Aufsatz beschäftigt sich mit dem gegenwärtigen System gerichtlicher Verwaltungskontrolle in der Republik Usbekistan. Nach einem Überblick über die allgemeinen Prinzipien des Rechtsschutzes der Bürger gegen Verwaltungshandeln (II) werden kurze Aussagen zu einigen relevanten Problemen der öffentlichen Verwaltung und zur Entwicklung des Verwaltungsprozessrechts in Usbekistan (III) vorgestellt. Diese beziehen sich auf wichtige Aspekte wie das Wesen der Verwaltungsreform und des Rechtsstaates, die tragenden Prinzipien eines rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Verwaltungsprozesses, den Schutz des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozess, das Rechtsbewusstsein bzw. die Rechtskenntnisse der für Reformen relevanten Akteure u.a.

II. Allgemeine Prinzipien des Rechtsschutzes der Bürger gegen Verwaltungshandeln

1. Das Wesen der gerichtlichen Verwaltungskontrolle

Die usbekische Verwaltungsrechtswissenschaft leitet das Recht auf die Verteidigung subjektiver Rechte und gesetzlicher Interessen der Bürger auf dem Gebiet der Verwaltung aus dem

verwaltungsrechtlichen Status des Bürgers ab. Dieser bestimmt sich einerseits durch das System der durch verwaltungsrechtliche Normen bestimmten Rechte und Pflichten des Bürgers und andererseits durch die rechtlichen Garantien zur Realisierung dieser Rechte und Pflichten, einschließlich deren Schutz durch das Gesetz, dem Mechanismus ihres Schutzes durch die Organe der Staatsmacht sowie der Bereitstellung der Mittel, die der Bürger für den effektiven Schutz seiner Rechte benötigt¹. Die Verteidigung subjektiver Rechte in Usbekistan wird auch als ein Aspekt der *Sicherung der Gesetzlichkeit* der öffentlichen Verwaltung verstanden. Als Mittel zur Sicherung der Gesetzlichkeit der Verwaltung und in diesem Sinne auch des Schutzes der Rechte der Bürger gelten vor allem die allgemeine staatliche Kontrolle, Verwaltungsaufsicht (*umumiy ma'muriy nazorat*), die staatsanwaltschaftliche Aufsicht (*prokuror nazorati*) und die gerichtliche Kontrolle (*sud nazorati*). Ebenso ist hierzu die gesellschaftliche Kontrolle (*jamoatchilik nazorati*) zu zählen.

Einen besonderen Mechanismus zum Schutz der Rechte der Bürger stellen jedoch Mittel dar, derer sich der Bürger unmittelbar selbst bedienen kann, vor allem durch Einlegung von Beschwerden und Klagen bei Gericht. So geht aus dem allgemeinen Beschwerde- und Antragsrecht (bei den Behörden) das allgemeine Recht auf Beschwerde bei Gericht hervor, das durch die Verfassung der Republik Usbekistan (Art. 44) garantiert wird und durch das bis 12.10.2018 geltende Gesetz „Über die Beschwerdeführung bei Gericht gegen Handlungen und Entscheidungen, welche die Rechte und Freiheiten der Bürger verletzen“ vom 30.08.1995² realisiert wurde³. Dabei wurden bis

¹ Egamberdiev, A. (2017). Current issues of transport infrastructure in the Republic of Uzbekistan. *UPR*, special issue, pp. 443 f. [Egamberdiev A. Aktuelle Fragen der Verkehrsinfrastruktur in der Republik Usbekistan. *UPR*. 2017. Sonderheft. S. 443 f.].

² Gesetz der Republik Usbekistan „Über die Beschwerdeführung vor Gericht gegen Handlungen und Entscheidungen, die die Rechte und Freiheiten der Bürger verletzen“ (Fuqarolarning huquqlari va erkinliklari buzadigan xatti-haraqatlar va qarolar ustidan sudga shikoyat qilish to'g'risida qonun) vom 30.08.1995 № O'RQ-108-I (außer Kraft getreten am 12.10.2018 aufgrund Gesetzes vom 11.10.2018 (№ O'RQ-496). URL: http://www.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=116757.

³ Dabei entschied sich der Gesetzgeber gegen eine enumerative Auflistung von einzelnen Fallkategorien, in denen der Rechtsweg zum Gericht gegeben sein sollte, sondern für eine Generalklausel: Nach Art. 1 des Gesetzes vom 30.08.1995 war für Beschwerden gegen beliebige Handlungen (Entscheidungen) von Verwaltungsorganen und Amtspersonen der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet. Man muss aber anmerken, dass eine Reihe von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten noch in der Sowjetzeit für justitiabel erklärt wurde. So erlangte mit der Verfassung der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken (fortan – UdSSR) von 1977 bzw. der der Usbekischen Sozialistischen Sowjetrepublik von 1978 das Recht auf Beschwerde bei Gericht gegen Verwaltungshandeln Verfassungsrang. Die Verabschiedung des diese Verfassungsnorm der UdSSR ausführenden Gesetzes „Über die Beschwerdeführung bei Gericht gegen rechtswidrige Handlungen von Amtspersonen, die die Rechte der Bürger schmälern“ ließ jedoch bis zum 30.06.1987 auf sich warten. Mit ihm entschied man sich für die prinzipielle Möglichkeit, gegen jede beliebige Form von Verwaltungshandeln, das subjektive Rechte und gesetzlich geschützte Interessen der Bürger verletzt bzw. „schmälert“, Beschwerde bei Gericht einzulegen (Generalklausel), d.h. gegen die Auflistung konkreter Handlungen (Entscheidungen), die der Beschwerdeführung bei Gericht unterliegen.

Siehe dazu nur: Chamaneva, N.Yu. (1993). Appeal to a court of actions and decisions that violate the rights and freedoms of Russian citizens. *State and law*, no. 11, pp. 3 [Хаманева Н.Ю. Обжалование в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан России. *Государство и право*. 1993. № 11. С. 3–12].

01.04.2018 die meisten öffentlich-rechtliche Streitigkeiten von den Zivilgerichten⁴ nach den zivilprozessrechtlichen Vorschriften entschieden, insbesondere nach Maßgabe der Kapitel 26–28 Zivilprozessordnung der Republik Usbekistan⁵.

Im Jahr 2016 hatte das Staatsoberhaupt die Notwendigkeit der alsbaldigen Verabschiedung des Gesetzbuches der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege, welches das Gerichtsverfahren in Verwaltungsstreitigkeiten regeln sollte, sowie auch die Schaffung von Verwaltungsgerichten bekräftigt⁶. Mit Wirkung zum 01.06.2017 wurde das Gerichtssystem Usbekistans um eine spezielle Verwaltungsgerichtsbarkeit ergänzt, die für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten und die Verwaltungsrechtsverletzungen⁷ zuständig ist⁸. Schon am 26.01.2018 folgte das Gesetzbuch der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege, welches bereits am 01.04.2018 in Kraft trat⁹. Ein wichtiges Ergebnis der rechtsschöpferischen Tätigkeit im Bereich des Verwaltungsrechts ist darüber hinaus die Verabschiedung des Gesetzes der Republik Usbekistan „Über administrative Prozeduren“ am 08.01.2018¹⁰.

⁴ Solche Streitigkeiten wurden von den Zivilgerichten bis Ende Mai 2017 entschieden. Ab 01.06.2017 wurde das Gerichtssystem Usbekistans um eine spezielle Verwaltungsgerichtsbarkeit ergänzt (siehe im weiteren Text).

⁵ Die prozessualen Normen dieser Kapitel unterschieden sich in vielem von anderen Normen des Zivilprozessrechts und stellten ihrem Wesen nach Normen des Verwaltungsprozessrechts dar. Siehe die Zivilprozessordnung der Republik Usbekistan vom 30.08.1997 (außer Kraft getreten am 01.04.2018 aufgrund Gesetzes vom 29.01.2018 (№ O'RQ-463). URL: <http://lex.uz/docs/186098>.

⁶ So hat im Oktober 2016 der Präsident der Republik Usbekistan einen Erlass unterschrieben, in dem er das Oberste Gericht, das Oberste Wirtschaftsgericht, das Justizministerium und die Staatsanwaltschaft der Republik Usbekistan beauftragte, bereits im Jahr 2017 Vorschläge zur Schaffung von Verwaltungsgerichten und den Entwurf eines Gesetzbuches der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege auszuarbeiten. Siehe Erlass des Präsidenten Republik Usbekistan „Über die Maßnahmen zur weiteren Reformierung des Rechts- und Justizsystems, zur Verstärkung der Garantien eines zuverlässigen Schutzes der Rechte und Freiheiten der Bürger“ vom 21.10.2016 № PF-4850. URL: http://www.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=3050491.

⁷ Bei den Verwaltungsrechtsverletzungen handelt es sich um Verstöße gegen Verwaltungsvorschriften, die in Abgrenzung zu den Straftaten als Ordnungswidrigkeiten eingestuft werden und die sog. verwaltungsrechtliche Verantwortlichkeit (*ma'muriy javobgarlik*) begründen. Verwaltungsstraftatbestände enthalten der Besondere Teil des Gesetzbuchs der Republik Usbekistan über Verwaltungsverantwortlichkeit vom 22.09.1994 (in Kraft seit 01.04.1995, mit zahlreichen Änderungen), Gesetze (z.B. Zollgesetzbuch der Republik Usbekistan), normativ-rechtliche Akte von kompetenten Exekutivorganen (Amtspersonen).

⁸ Im Februar 2017 wurde zudem ein Erlass des Präsidenten der Republik Usbekistan verabschiedet, der die Zusammenlegung des Obersten Gerichts und des Obersten Wirtschaftsgerichts der Republik Usbekistan anordnete und das Oberste Gericht der Republik Usbekistan zum einheitlichen höchsten Organ der Gerichtsgewalt in den Bereichen des Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrechts erklärte. Siehe Erlass des Präsidenten der Republik Usbekistan „Über Maßnahmen zur grundlegenden Vervollkommnung der Organisation und zur Effizienzverbesserung des Justizsystems der Republik Usbekistan“ vom 21.02.2017 № PF-4966. URL: http://www.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=3121087.

⁹ Gesetzbuch der Republik Usbekistans über die Verwaltungsrechtspflege vom 26.01.2018 (in Kraft seit 01.04.2018, zuletzt geändert am 11.05.2019). URL: http://old.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=3527365. Siehe auch Beschluss № 17 des Plenums des Obersten Gerichts der Republik Usbekistan vom 19.05.2018. URL: <http://www.lex.uz/ru/docs/3761216>.

¹⁰ Da Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess in funktionaler Hinsicht vielfach verwoben sind, wird die Hypothese aufgestellt, dass auch Verwaltungsverfahrens- und

Das Zivilgesetzbuch der Republik Usbekistan¹¹ sieht auch vor, dass der Schutz der bürgerlichen Rechte sowohl im verwaltungsbehördlichen Verfahren als auch vom Gericht, Wirtschaftsgericht und Schiedsgericht gewährt wird (Art. 10). Laut Artikel 12 des Zivilgesetzbuches wird der Akt eines Staatsorgans oder der örtlichen Selbstverwaltung vom Gericht für unwirksam erklärt, wenn dieser Akt gegen die Gesetzgebung verstößt sowie auch die bürgerlichen Rechte und vom Gesetz geschützte Interessen eines Bürgers bzw. einer juristischen Person verletzt. Das heißt, dass für die Unwirksamklärung eines Aktes von Staatsorganen oder Organen der örtlichen Selbstverwaltung zwei Bedingungen erfüllt sein müssen: erstens, der erlassene Akt entspricht nicht dem Gesetz bzw. einem anderen normativen Rechtsakt; zweitens, dieser Akt verletzt bürgerliche Rechte und vom Gesetz geschützte Interessen der natürlichen oder juristischen Person, die sich mit einem entsprechenden Antrag (Beschwerde) an das Gericht gewandt hat. Dabei kann über die Unwirksamkeit eines beliebigen Aktes der o.g. Organe ein Gericht¹² oder Wirtschaftsgericht entscheiden.

Die gerichtliche Verwaltungskontrolle bezeichnet man in der Republik Usbekistan üblicherweise als „Gerichtbarkeit in Verwaltungssachen“ (*ma'muriy ishlar bo'yicha odil sudlov*) oder „Verwaltungsrechtspflege“ (*ma'muriy sud ishlarini yuritish*), seltener als „Verwaltungsjustiz“ (*ma'muriy adliya*)¹³. Während die Verwaltungsbehörde auf eine Beschwerde hin ein bestimmtes Verwaltungshandeln auf dessen Recht- und Zweckmäßigkeit überprüft, beschränkt sich das Gericht bei der Behandlung von Beschwerden und Klagen auf die Rechtmäßigkeitskontrolle.

Aktuelle Bedeutung bei der Reformierung des Verwaltungsverfahrenrechts und des Verwaltungsprozessrechts erlangt die Aufgabe der Verbesserung der Funktionsweise der Justiz als (von Legislative und Exekutive) unabhängiger Zweig der Staatsgewalt hinsichtlich der Gewährleistung der gerichtlichen Kontrolle über die Tätigkeit der

Verwaltungsprozessrecht auf normativer Ebene verknüpft sein müssen. In der Literatur besteht Einigkeit insoweit, als allgemein anerkannt wird, dass zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz ein Zusammenhang besteht. Es wird sowohl auf Parallelen und Berührungspunkte, auf Zusammenhänge und Wechselbeziehungen als auch auf weitgehende und grundlegende Unterschiede zwischen Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht hingewiesen. Siehe: Jochum, H. (2004). Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht: Die normative Konvexität von Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht und die Steuerungsleistung des materiellen Verwaltungsrechts (Vor diesem Hintergrund widmet sich *Jochum* der Frage nach dem normativen Verhältnis von Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht. Dabei werden rechtsdogmatische Verbindungslinien und Zusammenhänge zwischen verwaltungsrechtlichen, verwaltungsverfahrenrechtlichen und verwaltungsprozessrechtlichen Rechtsinstituten und Regelungskomplexen aufgedeckt, deren man sich vorher nicht bewusst war).

Bettermann, K.A. (1955). Administrative act and judge's decision. *Memorial font for Walter Jellinek*. Munich, pp. 361 ff. [Bettermann, K.A. (1955). Verwaltungsakt und Richterspruch. *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*. München, S. 361 ff.].

¹¹ Das Zivilgesetzbuch der Republik Usbekistan vom 25.12.1995 (in Kraft seit 01.03.1997, zuletzt geändert am 06.06.2019). URL: http://lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=111181.

¹² Insbesondere: Verfassungsgericht, Verwaltungsgerichte, Zivilgerichte und Militärgerichte.

¹³ Unter Rechtspflege versteht man traditionsgemäß die Anwendung von Rechtsnormen auf einen konkreten Streitfall (auf eine Tatsache, eine Handlung, eine Unterlassung oder ein Rechtsverhältnis) durch ein Gericht (einen Richter) in einem gesetzlich festgelegten Prozessverfahren mit verbindlicher Festlegung der Rechtsfolgen für die streitbeteiligten Personen.

Verwaltung. Ein Richter soll Garant des Rechtsstaats und der Grundrechte der Menschen sein. Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit neben dem Verfassungsgericht und den Wirtschaftsgerichten, Zivilgerichten und Militärgerichten als spezialisierter Zweig der Gerichtsbarkeit wirft auch die sehr wichtige Frage nach der Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen den betreffenden Gerichten¹⁴ auf. Man kann somit behaupten, dass mit der Einrichtung von Verwaltungsgerichten das usbekische Gerichtssystem zu seiner logischen Vollendung geführt wird. Eine aktive Anwendung des neuen Gesetzbuches durch die Gerichte wird die notwendigen Bedingungen schaffen, um die rechtliche Sicht auf das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie auf das Öffentliche Recht im Ganzen zu erneuern. Im Großen und Ganzen kann man sagen, dass das Gesetzbuch der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege eine neue Plattform für die Entwicklung eines modernen Systems und der Organisation der Rechtsverhältnisse ist¹⁵.

2. Grundstrukturen des Verwaltungsrechtsschutzes

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte in Rechtsstreitigkeiten, die aus verwaltungsrechtlichen Beziehungen resultieren, ist durch das Gesetzbuch der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege geregelt. Insbesondere ist das Verwaltungsgericht zuständig für Streitigkeiten betreffend den Schutz verletzter oder streitiger Rechte, Freiheiten und gesetzlichen Interessen der Bürger und juristischen Personen, die aus verwaltungsrechtlichen und anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen resultieren, außer Streitigkeiten, die in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts der Republik Usbekistan, der Zivilgerichte, Wirtschaftsgerichte und Militärgerichte fallen (Art. 26). Rechtsstreitigkeiten über die Beschwerden von Militärangehörigen gegen Handlungen bzw. Entscheidungen von Armeeverwaltungsorganen und militärischen Amtspersonen werden von den Militärgerichten entschieden (Art. 31)¹⁶.

¹⁴ Zu den Fragen der Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit und des Verfassungsgerichts sowie auch der Wirtschaftsgerichte in Russland siehe beispielsweise:

Starilov, Yu.N. (1998). Administrative justice in Russia: problems of modern theory and development prospects. *Eastern European Law*, no. 3–4, pp. 217–252 [Старилов Ю.Н. Административная юстиция в России: проблемы современной теории и перспективы развития. *Восточноевропейское право*. 1998. № 3–4. С. 217–252].

Zhuykov, V.M. (1997). Judicial protection of the rights of citizens and legal entities. Moscow, pp. 195–301 [Жуйков В.М. Судебная защита прав граждан и юридических лиц. Москва, 1997. 320 с.].

¹⁵ Der gegenwärtige Stand der theoretischen und praktischen Erarbeitung des Problems der Verwaltungsjustiz in den postsowjetischen Staaten gestattet es auch zu behaupten, dass eine spezialisierte Gerichtsbarkeit die Anerkennung und Einhaltung der Rechte und Freiheiten der Bürger gewährleistet und die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gewalt für ihre Handlungen und Entscheidungen erhöht. Siehe beispielsweise:

Starilov, Yu.N. (1998). Administrative justice in Russia: problems of modern theory and development prospects. *Eastern European Law*, no. 3–4, pp. 217–252 [Старилов Ю.Н. Административная юстиция в России: проблемы современной теории и перспективы развития. *Восточноевропейское право*. 1998. № 3–4. С. 217–252].

Pudelka, J. (ed.) (2014). Administrative Process Code: conception, model law and commentary. Berlin: BWV [Verwaltungsprozesskodex: Konzeption, Modellgesetz und Kommentierung / J. Pudelka (Hrsg.). Berlin: BWV, 2014. 205 S.].

¹⁶ Vgl. Art. 41 Abs. 3 GVG vom 14.12.2000 (zuletzt geändert am 11.05.2019). URL: <http://www.lex.uz/acts/68521>. Man muss aber anmerken, dass vom Verwaltungsgericht Anträge bzw.

Die in Art. 27 des Gesetzbuches über die Verwaltungsrechtspflege festgelegte Liste der sachlichen Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte umfasst folgende Verwaltungsstreitigkeiten:

- über die Anfechtung der normativen Rechtsakte der Behörden;
- über die Anfechtung der Handlungen (Untätigkeit) der Staatsverwaltung, anderer Organisationen, die mit einer verwaltungsrechtlichen Tätigkeit beauftragt wurden, der Selbstverwaltungsorgane und deren Amtspersonen;
- über die Anfechtung der Handlungen (Entscheidungen) der Wahlkommission;
- über die Anfechtung der Ablehnung der Vornahme rechtsgeschäftlicher Handlungen des Notars oder des Standesamts bzw. Handlungen (Untätigkeit) des Notars oder Standesamts;
- über die Anfechtung der Verweigerung der staatlichen Registrierung oder ihre Nichtvornahme innerhalb der festgelegten Frist.

Diese Liste von Verwaltungsstreitigkeiten ist jedoch nicht abschließend. So wird in Art. 27 Abs. 2 des Gesetzbuches über die Verwaltungsrechtspflege festgelegt, dass das Verwaltungsgericht auch andere Streitigkeiten betreffend den Schutz der verletzten oder streitigen Rechten, Freiheiten und gesetzlichen Interessen der Bürgern und juristischen Personen, die aus verwaltungsrechtlichen sowie anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen resultieren und der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zugewiesen sind, entscheiden kann. Falls verschiedene miteinander verbundene Begehren vorgebracht werden, wobei einige Begehren der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte und andere der Zuständigkeit der Zivilgerichte zugewiesen sind, so soll über alle Begehren das Zivilgericht entscheiden (Art. 26).

Gemäß Art. 37 Abs. 3 GVG entscheiden die Wirtschaftsgerichte diejenigen Streitigkeiten, die in Zivilrechtsverhältnissen zwischen Wirtschaftssubjekten entstanden sind, Streitigkeiten zwischen juristischen Personen sowie auch über Verwaltungsrechtsverletzungen, die der Zuständigkeit des Wirtschaftsgerichts zugewiesen sind. Jedoch bestimmt die am 09.01.2018 neu verabschiedete Wirtschaftsprozessordnung der Republik Usbekistan (fortan – WPO), dass die Wirtschaftsgerichte auch über Rechtsstreitigkeiten entscheiden, die aus verwaltungsrechtlichen Beziehungen resultieren¹⁷. Insbesondere folgende verwaltungsrechtliche Rechtsstreitigkeiten sind der Zuständigkeit des Wirtschaftsgerichts zugewiesen:

Beschwerden, nicht Klagen geprüft werden. Damit folgt der Gesetzgeber der oben erwähnten Tradition des sowjetischen Beschwerderechts, wonach Vorschläge (*takliflar*), Anträge (*arizalar*) und Beschwerden (*shikoyatlar*) als Formen von Bürgerappellen (*fuqarolarning murojaatlari*) gelten, wobei die Beschwerden schrittweise auch in die Prüfungskompetenz der Gerichte übertragen wurden. Hier hat der Gesetzgeber die Chance verpasst, den Bürger aus der Position eines Antrags- oder Bittstellers (*arizachi/shikoyatchi*) in die eines Klägers (*da'vogar*), der dem Verwaltungsorgan im Gerichtsverfahren gleichberechtigt gegenübertritt, zu erheben. Zu dieser Problematik siehe auch: Hanisch, S. (1996). Der gerichtliche Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln in der Russischen Föderation: Allgemeine Darstellung von Theorie und Rechtslage unter Einbeziehung aktueller Gerichtsentscheidungen (Langfassung des Seminarreferats vom 08.02.1996 am Osteuropa-Institut der Freien Universität Berlin, unveröffentlicht), S. 12–13.

¹⁷ Hauptkriterien, nach denen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte von der Zuständigkeit der Wirtschaftsgerichte abzugrenzen ist, sind die Verknüpftheit einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit mit wirtschaftlichen Beziehungen oder Beziehungen aus unternehmerischer Tätigkeit sowie auch die subjektive Zusammensetzung der Parteien (natürlichen oder juristische Personen).

- Klagen auf die Aussetzung der Vollziehbarkeit eines Vollstreckungstitels oder eines anderen Aktes, auf dessen Grundlage im unstreitigen Verfahren (*akseptsiz*) eine Geldforderung beige trieben wird, nach Art. 26 Abs. 1 Ziff. 12 Wirtschaftsprozessordnung (WPO);
- Klagen gegen die Einziehung von Geldstrafen von juristischen Personen und Bürgern durch Organe, die Kontrollfunktionen wahrnehmen, wenn nicht durch Gesetz ein unstreitiges Verfahren ihrer Einziehung vorgesehen ist, nach Art. 26 Abs. 1 Ziff. 13 WPO;
- Klagen auf die Rückerstattung von Geldmitteln, die von Organen, die Kontrollfunktionen wahrnehmen, im unstreitigen Verfahren (*akseptsiz*) unter Verletzung der Anforderungen der Gesetzgebung beigegetrieben wurden, nach Art. 26 Abs. 1 Ziff. 14 WPO.

III. Theoretische Grundlagen und einige Probleme der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Verwaltungsgerichtsbarkeit als ein wissenschaftliches Problem

Der Verwaltungsgerichtsbarkeit als ein wissenschaftliches Problem sind weltweit unzählige Arbeiten gewidmet worden, in denen diese unter historischen, juristisch-inhaltlichen und rechtsvergleichenden Aspekten betrachtet wird. Ein Blick auf die Rechts- und Verwaltungswissenschaft in Zentralasien offenbart ein gewisses Widerstreben, sich mit neuen Ansätzen überhaupt zu befassen¹⁸. Neuerem usbekischem Schrifttum zu rechtsdogmatischen Fragen des Verwaltungsrechtsschutzes in Usbekistan mangelt es an Tiefe und Substanz¹⁹.

¹⁸ Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 3. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

¹⁹ In letzten Jahren wurden nur einige wenige Artikel veröffentlicht, deren Autoren die rechtlichen Besonderheiten dieses Rechtsinstituts und seine Entwicklungsperspektiven in Usbekistan zu erforschen suchten.

Siehe zum Beispiel: Chvan, L.B. (2014). Administrative justice and Central Asian countries: Quo Vadis. *Public Law yearbook 2014. Administrative law: comparative legal approaches*. Moscow: Infotropic Media, pp. 201–221 [Хван Л.Б. Административная юстиция и страны Центральной Азии: Quo Vadis. *Ежегодник публичного права 2014. Административное право: сравнительно-правовые подходы*. Москва : Инфотропик Медиа, 2014. С. 201–221].

Nematov, Zh.N. (2014). Administrative justice in the Republic of Uzbekistan, in the Russian Federation and Japan: comparative legal analysis. *The Constitution of the Russian Federation and its influence on the practice of state building and the development of the country's legal system: materials of the International Scientific and Practical Conference dedicated to the 55th anniversary of the Law Faculty of Voronezh State University (Voronezh, October 17–18, 2013)*. Voronezh, pp. 189–201 [Нематов Ж.Н. Административная юстиция в Республике Узбекистан, в Российской Федерации и Японии: сравнительно-правовой анализ. *Конституция Российской Федерации и ее влияние на практику государственного строительства и развитие правовой системы страны* : материалы Международной научно-практической конференции, посвященной 55-летию юбилею юридического факультета Воронежского государственного университета, г. Воронеж, 17–18 октября 2013 г. Воронеж : Изд. дом ВГУ, 2014. С. 189–201].

Die vorliegenden Forschungen in *Usbekistan* folgen zudem der *sowjetischen* und *russischen* Verwaltungsrechtslehre²⁰.

Chvan, L.B. (2015). Legal innovations in administrative justice of the countries of the European Union: possibilities of application in the countries of Central Asia. *Public law yearbook 2015. Administrative process*. Moscow: Infotropic Media, pp. 95–113 [Хван Л.Б. Правовые новации в административном правосудии стран Европейского Союза: возможности применения в странах Центральной Азии. *Ежегодник публичного права 2015. Административный процесс*. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. С. 95–113].

Musaev, A. (2015). The legislation on administrative proceedings in the Republic of Uzbekistan. *Public law yearbook 2015. Administrative process*. Moscow: Infotropic Media, pp. 172–179 [Мусаев А. Законодательство об административном судопроизводстве в Республике Узбекистан. *Ежегодник публичного права 2015. Административный процесс*. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. С. 172–179].

Egamberdiev, A. (2016). Administrative justice as an integral element of a democratic state of law. *Fragen der Issues of further improving the legal framework for the organization of law enforcement in the Republic of Uzbekistan: materials of a scientific and practical conference*. Tashkent, pp. 85 f. [Эгамбердиев А. Административная юстиция как неотъемлемый элемент демократического правового государства. *Вопросы дальнейшего совершенствования правовых основ организации правоохранительной деятельности в Республике Узбекистан : материалы научно-практической конференции*. Ташкент, 2016. С. 85–90].

²⁰ Rechtswissenschaftler untersuchten das Problem der Verwaltungsjustiz auch im zaristischen Russland, desgleichen in der Sowjetzeit und in der Russischen Föderation ab 1991 bis zur Gegenwart. Siehe beispielsweise:

Petuchov, G.E. (1974). Administrative Justice in Tsarist Russia. *Jurisprudence*, no. 5, pp. 72–80 [Петухов Г.Е. Административная юстиция в царской России. *Правоведение*. 1974. № 5. С. 72–80].

Korf, S.A. (1910). Administrative Justice in Russia: in 2 vol. Saint Petersburg [Корф С.А. Административная юстиция в России : в 2 т. Санкт-Петербург, 1910. 528+507 с.].

Zagryatskov, M.D. (1925). Administrative justice and the right to complain in theory and law. Moscow [Загряцков М.Д. Административная юстиция и право жалобы в теории и законодательстве. Москва, 1925. 244 с.].

Boytsova, V.V. (1993). Do we need administrative justice? *Soviet justice*, no. 7, pp. 12 f [Бойцова В.В. Нужна ли нам административная юстиция? *Советская юстиция*. 1993. № 7. С. 12–15].

Boytsova, V.V., Boytsov, V.Ya. (1994). Administrative justice: to continue the discussion on the content and meaning. *State and law*, no. 5, pp. 42–53 [Бойцова В.В., Бойцов В.Я. Административная юстиция: к продолжению дискуссии о содержании и значении. *Государство и право*. 1994. № 5. С. 42–53].

Salishcheva, N.G. (1994). On some methods of protecting and protecting the rights, freedoms and legitimate interests of citizens in the field of executive power in the Russian Federation. *Lukasheva, E.A. (ed.). The Constitution of the Russian Federation and the improvement of mechanisms for protecting human rights*. Moscow, pp. 78–93 [Салищева Н.Г. О некоторых способах защиты и охраны прав, свобод и законных интересов граждан в сфере деятельности исполнительной власти в Российской Федерации. *Конституция Российской Федерации и совершенствование механизмов защиты прав человека* / отв. ред. Е.А. Лукашева. Москва, 1994. С. 78–93].

Skitovich, V.V. (1995). Justice in cases arising from administrative-legal relations: historical experience and prospects. *State and law*, no. 8, pp. 22–29 [Скитович В.В. Правосудие по делам, возникающим из административно-правовых отношений: исторический опыт и перспективы. *Государство и право*. 1995. № 8. С. 22–29].

Starilov, Yu.N. (1995). Russian officials on the path to professionalism. *Russian justice*, no. 9, pp. 40–42 [Старилов Ю.Н. Чиновники России на пути к профессионализму. *Российская юстиция*. 1995. № 9. С. 40–42].

a) Diskussion um die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit

Das Institut der Verwaltungsgerichtsbarkeit, das in verschiedenen westlichen Ländern (materiell) entweder über die ordentlichen Gerichte oder durch spezielle Verwaltungsgerichte realisiert wird, kann man als „*besonderes prozessuales Verfahren der Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten zwischen dem Bürger und staatlichen Verwaltungsorganen und Amtspersonen*“ definieren. In der Sowjetunion waren Verwaltungsstreitigkeiten lange Zeit nicht justitiabel, und bis zum Ende der Sowjetunion wurde keine allgemeine Rechtswegeröffnung in verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten (Generalklausel) geschaffen. Ebenso gab es kein eigenständiges Verwaltungsprozessrecht. Verwaltungsrechtliche Streitigkeiten wurden – wie in den meisten anderen sozialistischen Ländern auch – innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach den jeweiligen Zivilprozessgesetzen behandelt, die teilweise Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten vorsahen²¹.

In der *russischen* Literatur der 1990er Jahre wurden die Chancen für die Schaffung spezieller Verwaltungsgerichte eher negativ beurteilt, obwohl nicht ausgeschlossen und vielfach die Hoffnung geäußert wird, dass sich das Institut der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den postsowjetischen Staaten durchsetzt²². Dies wird hauptsächlich mit praktischen, weniger mit theoretischen Erwägungen begründet. So seien die Bürger an die ordentlichen Gerichte als bevölkerungsnächste Institutionen gewöhnt und eine Erweiterung des Gerichtsapparats sei nicht wünschenswert.

Studenikina, M.S. (1997). Administrative justice needs clear legal regulation. *Journal of Russian Law*, no. 6, pp. 11–20 [Студеникина М.С. Административная юстиция нуждается в четком правовом регулировании. *Журнал российского права*. 1997. № 6. С. 11–20].

Timoshenko, J.G. (1997). UK Administrative justice. *Journal of Russian Law*, no. 5, pp. 128–136 [Тимошенко И.Г. Административная юстиция в Великобритании. *Журнал российского права*. 1997. № 5. С. 128–136].

Lafitskiy, V.I. (1997). US Administrative justice. *Journal of Russian Law*, no. 7, pp. 117–125 [Лафитский В.И. Административная юстиция в США. *Журнал российского права*. 1997. № 7. С. 117–125].

Kostareva, T.A. (1997). About the judicial system of Germany. *Journal of Russian Law*, no. 8, pp. 128–138 [Костарева Т.А. О судебной системе ФРГ. *Журнал российского права*. 1997. № 8. С. 128–138].

²¹ Starilov, Yu.N. (1995). Russian officials on the path to professionalism. *Russian justice*, no. 9, pp. 40–42 [Старилов Ю.Н. Чиновники России на пути к профессионализму. *Российская юстиция*. 1995. № 9. С. 40–42].

²² Boytsova, V.V. (1993). Do we need administrative justice? *Soviet justice*, no. 7, pp. 13 [Бойцова В.В. Нужна ли нам административная юстиция? *Советская юстиция*. 1993. № 7. С. 12–15].

Boytsova, V.V., Boytsov, V.Ya. (1994). Administrative justice: to continue the discussion on the content and meaning. *State and law*, no. 5, pp. 51–53 [Бойцова В.В., Бойцов В.Я. Административная юстиция: к продолжению дискуссии о содержании и значении. *Государство и право*. 1994. № 5. С. 42–53].

Skitovich, V.V. (1995). Justice in cases arising from administrative-legal relations: historical experience and prospects. *State and law*, no. 8, pp. 27–29 [Скитович В.В. Правосудие по делам, возникающим из административно-правовых отношений: исторический опыт и перспективы. *Государство и право*. 1995. № 8. С. 22–29].

Starilov, Yu.N. (1995). Russian officials on the path to professionalism. *Russian justice*, no. 9, pp. 42 [Старилов Ю.Н. Чиновники России на пути к профессионализму. *Российская юстиция*. 1995. № 9. С. 40–42].

Die Prüfung von Bürgerbeschwerden durch die Volksgerichte (jetzt Amtsgerichte) habe sich zu einer Tradition verfestigt²³. Außerdem stelle das Zivilprozessverfahren in seiner Universalität eine durchaus annehmbare Prozedur auch für die Prüfung verwaltungsrechtlicher Fälle dar²⁴. Dabei wurde jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Schaffung spezieller Spruchkörper nicht nur in Russland, sondern auch in anderen GUS-Ländern notwendig sei. Vorerst gelte es, sich auf die Vervollkommnung der bestehenden gerichtlichen Mechanismen, auf die genaue Abgrenzung der verschiedenen sachlichen Zuständigkeiten zu konzentrieren. Es müssen verschiedene Rechtswege erhalten bleiben. Je mehr Rechtswege bestehen, desto demokratischer sei das Gerichtssystem²⁵.

Die russischen Rechtswissenschaftler, welche die Probleme der Verwaltungsgerichtsbarkeit untersucht haben, verweisen auf deren unterschiedliche Eigenschaften²⁶. Im Wesentlichen hebt man drei allgemeine Merkmale hervor: 1) ihre Zuständigkeit für Streitigkeiten, die auf dem Gebiet der Verwaltung zwischen Bürgern oder juristischen Personen einerseits und Verwaltungsorganen andererseits entstehen (also Streitsachen über das Verwaltungsrecht); 2) die Schaffung eines speziellen Organs für die Verhandlung der genannten Streitigkeiten; 3) die Verhandlung der Streitigkeiten unter Beachtung einer gerichtsprozessualen Form²⁷.

Für die Republik Usbekistan, die die Prozesse der *rechtsstaatlichen Modernisierung der Staates* verhältnismäßig unlängst begann und nunmehr schon ein eigenes Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht hat, ist sehr wichtig, eine eigene wissenschaftlich begründete Konzeption des Aufbaus und der Ausübung einer nationalen Verwaltungsgerichtsbarkeit zu schaffen. In der Literatur wird die Meinung

²³ Boytsova, V.V., Boytsov, V.Ya. (1994). Administrative justice: to continue the discussion on the content and meaning. *State and law*, no. 5, pp. 45 [Бойцова В.В., Бойцов В.Я. Административная юстиция: к продолжению дискуссии о содержании и значении. *Государство и право*. 1994. № 5. С. 42–53].

²⁴ Chamaneva, N.Yu. (1993). Appeal to a court of actions and decisions that violate the rights and freedoms of Russian citizens. *State and law*, no. 11, pp. 3 [Хаманева Н.Ю. Обжалование в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан России. *Государство и право*. 1993. № 11. С. 3–12].

Skitovich, V.V. (1995). Justice in cases arising from administrative-legal relations: historical experience and prospects. *State and law*, no. 8, pp. 27 f [Скитович В.В. Правосудие по делам, возникающим из административно-правовых отношений: исторический опыт и перспективы. *Государство и право*. 1995. № 8. С. 22–29].

²⁵ Hanisch, S. (1996). Der gerichtliche Rechtsschutz gegen Verwaltungshandeln in der Russischen Föderation: Allgemeine Darstellung von Theorie und Rechtslage unter Einbeziehung aktueller Gerichtsentscheidungen (Langfassung des Seminarreferats vom 08.02.1996 am Osteuropa-Institut der Freien Universität Berlin, unveröffentlicht), S. 12–13.

²⁶ Starilov, Yu.N. (1998). Administrative justice in Russia: problems of modern theory and development prospects. *Eastern European Law*, no. 3–4, pp. 217–252 [Старилов Ю.Н. Административная юстиция в России: проблемы современной теории и перспективы развития. *Восточноевропейское право*. 1998. № 3–4. С. 217–252].

Chechot, D.M. (1973). Administrative justice (theoretical problems). Leningrad, pp. 29–31 [Чечот Д.М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Ленинград, 1973. 134 с.].

²⁷ Chechot, D.M. (1973). Administrative justice (theoretical problems). Leningrad, pp. 29–31 [Чечот Д.М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Ленинград, 1973. 134 с.].

vertreten, dass angesichts der in den GUS-Ländern bestehenden Voraussetzungen der „deutsche Typ“ der Verwaltungsjustiz der passendste sei²⁸. Im *deutschsprachigen* Schrifttum wird Verwaltungsgerichtsbarkeit verstanden als über die Verwaltung ausgeübte Gerichtsbarkeit, historisch entstanden als Instrument zur Sicherung des Rechtsstaates, d.h. zur Gewährleistung der Normengebundenheit staatlicher Tätigkeit und der Freiheitsrechte des Einzelnen²⁹. Dieser Entstehungszusammenhang legt es nahe, die Herausbildung eines durch die genannten Komponenten geprägten Gemeinwesens unter staatstheoretischem und staatshistorischem Aspekt im Laufe der Geschichte zurückzuverfolgen.

Ausgehend von den Ergebnissen einer vorläufigen Analyse der vorherrschenden doktrinen Ansätze deutscher Rechtswissenschaftler in diesem Bereich wie auch der etablierten Praxis der Rechtsanwendung in *Deutschland* sowie der Verwandtschaft der *Rechtssysteme Deutschlands und Usbekistans* (römisch-germanischer Rechtskreis) ist für das Rechtssystem *Usbekistans* gerade die zu untersuchende deutsche Erfahrung besonders wertvoll und nützlich. Die deutsche Erfahrung in diesem Bereich ist besonders relevant, weil Deutschland tief verwurzelte demokratische Traditionen aufweist und viele Verfassungsprinzipien, hinsichtlich derer in *Usbekistan* (sowie in anderen ehemaligen Sowjetrepubliken) teilweise erhebliche Umsetzungsdefizite bestehen (im vorliegenden Kontext insbesondere *Gewaltenteilung* und *Rechtsstaatlichkeit*), in *Deutschland* Rechtswirklichkeit sind. In diesem Zusammenhang kann ein Rechtsvergleich zwischen Verwaltungsrechtssystemen dazu dienen, die Möglichkeit einer transnationalen Verwaltungszusammenarbeit zu sondieren, um gegebenenfalls Änderungsbedarf festzustellen³⁰. Darüber hinaus könnte eine umfassende Erforschung der deutschen Erfahrung in diesem Bereich im Ganzen helfen, die rechtswissenschaftliche Diskussion in Usbekistan zu bereichern, um wichtige Impulse für entsprechende Gesetzgebungsvorhaben in Usbekistan zu vermitteln³¹.

²⁸ Vedernikova, O.N. (1997). Administrative justice (experience of foreign countries). *Judicial reform: results, priorities, prospects*: conference proceedings. Series “Scientific Papers”. Moscow, no. 47, pp. 60 [Ведерникова О.Н. Административная юстиция (опыт зарубежных стран). *Судебная реформа: итоги, приоритеты, перспективы* : материалы конференции. Серия «Научные доклады». Москва, 1997. № 47. С. 52–60].

Starilov, Yu.N. (1998). Administrative justice in Russia: problems of modern theory and development prospects. *Eastern European Law*, no. 3–4, pp. 217–252 [Старилов Ю.Н. Административная юстиция в России: проблемы современной теории и перспективы развития. *Восточноевропейское право*. 1998. № 3–4. С. 217–252].

Pudelka, J. (ed.) (2014). Administrative Process Code: conception, model law and commentary. Berlin: BWV [Verwaltungsprozesskodex: Konzeption, Modellgesetz und Kommentierung / J. Pudelka (Hrsg.). Berlin: BWV, 2014. 205 S.]

²⁹ Sodan, H., Ziekow, J. (2018). Basic course in public law, constitutional and administrative law. 8th ed. Berlin, pp. 737, Rndr. 3 [Sodan H., Ziekow J. Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Berlin, 2018. S. 737, Rndr. 3].

³⁰ Sommermann, K.-P. (2013). Knowledge interests of comparative law in administrative law. *Gamper, A., Verschraegen, B. (eds.). Comparative law as a legal method of interpretation*. IGKK Series, Vol. IV. Wien, pp. 199 [Sommermann K.-P. Erkenntnisinteressen der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht. *Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode* / A. Gamper, B. Verschraegen (Hrsg.). IGKK Series, Bd. IV. Wien, 2013. S. 199].

³¹ Nach der Konzeption zur Einführung eines Verwaltungsprozesskodex, die durch eine von der GIZ geleitete Arbeitsgruppe erarbeitet wurde, sollten die Verwaltungsgerichte grundsätzlich

b) Begriffe und verfassungsrechtliche Herausforderungen

Eines der wichtigsten Probleme der gegenwärtigen Entwicklung des Verwaltungsprozessrechts Usbekistans ist das Fehlen eines einheitlichen Ansatzes zur Definition der Begriffe in diesen Rechtsbereich. Insbesondere wurden einheitliche und unter Wissenschaftlern wie Praktikern gleichermaßen anerkannte Definitionen folgender Begriffe bisher nicht formuliert: „Verwaltungsprozess“ (*ma'muriy prosess*), „Verwaltungsprozessrecht“ (*ma'muriy-prosessual huquq*), „Verwaltungsrechtspflege“ (*ma'muriy sud ishlarni yuritish*), „Verwaltungsakt“ (*ma'muriy hujjat*)³². Diese Begriffe sind nach wie vor in vielem unklar, auch in der Gesetzgebung³³ und in der Rechtswissenschaft. Lediglich einer der o.g. Begriffe existiert in der Verfassung des Staates: „Verwaltungsrechtspflege“ (*ma'muriy sud ishlarni yuritish*)³⁴.

Da die bisherige Entwicklung der usbekischen Gesetzgebung zum Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht sich stets auf verfassungsrechtlichen Vorgaben gründete, lässt sich prognostizieren, dass weitere Verfassungsänderungen wahrscheinlich sind. Es handelt sich dabei um grundlegende Bestimmungen zu den verschiedenen Gerichtsbarkeiten und den Grundprinzipien der Tätigkeit der Verwaltung (insbesondere hinsichtlich des Erlasses von Verwaltungsakten) sowie um die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten durch die Gerichte.

c) Tragende Prinzipien eines rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Verwaltungsprozesses

Die genaue methodisch-dogmatische Herleitung der allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts sowie damit verbunden des Verwaltungsprozessrechts ist

in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zuständig sein. Dies setzt voraus, dass der geltend gemachte Anspruch auf Öffentliches Recht gestützt wird. Die Organisation der Gerichte und die Besetzung der Spruchkörper stehen im Spannungsverhältnis zwischen der Unabhängigkeit der Richter, einer optimalen Ausstattung für eine bestmögliche Rechtsprechung und der wirtschaftlichen Belastung des Staatshaushalts durch die Ausgaben für die Justiz. Die Vorteile eigenständiger Verwaltungsgerichte liegen in einer starken Spezialisierung der Richter. Dies wirkt sich positiv auf die Bearbeitungszeit und die Sachkunde aus.

Siehe: Pudelka, J. (ed.) (2014). Administrative Process Code: conception, model law and commentary. Berlin: BWV, pp. 12 [Verwaltungsprozesskodex: Konzeption, Modellgesetz und Kommentierung / J. Pudelka (Hrsg.). Berlin: BWV, 2014. 205 S.]

³² Gleiche Probleme gibt es auch in anderen zentralasiatischen Länder und Russland. Siehe beispielsweise:

Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 19. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

Starilov, Yu.N. (1998). Administrative justice in Russia: problems of modern theory and development prospects. *Eastern European Law*, no. 3–4, pp. 217–252 [Старилов Ю.Н. Административная юстиция в России: проблемы современной теории и перспективы развития. *Восточноевропейское право*. 1998. № 3–4. С. 217–252].

³³ Im Gesetzbuch der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege wurde deshalb die Figur des Verwaltungsaktes nicht berücksichtigt, obwohl er meistens der Gegenstand des Verwaltungsprozesses ist.

³⁴ Vgl. Art. 110 Abs. 1 Verfassung der Republik Usbekistan: „mamuriy sud ishlarni yuritish“.

sowohl für die Systembildung des Verwaltungsrechts als auch der Rechtsordnung im Allgemeinen von besonderer Bedeutung³⁵. Es handelt sich dabei in erster Linie um die Konkretisierung rechtsstaatlicher Gebote³⁶. In der nationalen usbekischen Rechtswissenschaft wurden allgemeine Grundsätze eines rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Verwaltungsprozesses immer noch nicht formuliert. Aus diesem Grund haben im usbekischen Gesetzbuch über die Verwaltungsrechtspflege die Prinzipien der Zivilprozessordnung (fortan – ZPO)³⁷, darunter der dem Verwaltungsprozess fremde Beibringungsgrundsatz, Eingang gefunden³⁸. Dabei legte der Gesetzgeber kein Augenmerk auf den für den Verwaltungsprozess relevanten Amtsermittlungsgrundsatz, obgleich gerade das Verwaltungsgericht, anders als das zuständige Gericht in Zivilprozessen, nicht an das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten gebunden und nicht auf dieses beschränkt ist³⁹. Es muss vielmehr selbst den entscheidungserheblichen Sachverhalt aufklären⁴⁰. Darüber hinaus trägt das Erfordernis der Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Rechnung; danach besteht ein öffentliches Interesse an der sachlichen Richtigkeit einer behördlichen Entscheidung und einer sie überprüfenden gerichtlichen Entscheidung.

Es ist anzunehmen, dass derzeit eine der wichtigsten Aufgaben der usbekischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung die Identifizierung verbindender Rechtsprinzipien ist. Dies wird zur allgemeinen Stabilisierung der Rechtsordnung beitragen⁴¹. In diesem Zusammenhang sollte für die nationale Rechtsordnung die aktuelle Erfahrung der Herleitung gemeinsamer Grundprinzipien im Verwaltungsrecht

³⁵ Sommermann, K.-P. (2014). Principles of administrative law. *Bogdandy, A., Cassese, S., Huber, P.M. (eds.). Administrative law in Europe: basic moves*. Heidelberg, pp. 864 f, 871 ff [Sommermann K.-P. Prinzipien des Verwaltungsrechts. *Verwaltungsrecht in Europa: Gründzüge* / A. Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber (Hrsg.). Heidelberg, 2014. S. 864 f, 871 ff].

³⁶ Sommermann, K.-P. (2014). Principles of administrative law. *Bogdandy, A., Cassese, S., Huber, P.M. (eds.). Administrative law in Europe: basic moves*. Heidelberg, pp. 874 [Sommermann K.-P. Prinzipien des Verwaltungsrechts. *Verwaltungsrecht in Europa: Gründzüge* / A. Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber (Hrsg.). Heidelberg, 2014. S. 864 f., 871 ff].

³⁷ Außer dem sog. Prinzip „Aufklärung des gültigen Sachverhalts sowie der Rechte und Pflichten der Parteidurch das Gericht“, den im Art. 15 ZPO verankert wurde. Siehe die Zivilprozessordnung der Republik Usbekistan vom 22.01.2018 (zuletzt geändert am 12.10.2018). URL: <http://lex.uz/docs/3517334>.

³⁸ Vgl. Art. 7-16 ZPO und Art. 8-16 des Gesetzbuches über die Verwaltungsrechtspflege.

³⁹ Pudelka, J. (ed.) (2014). Administrative Process Code: conception, model law and commentary. Berlin: BWV, pp. 50 f [Verwaltungsprozesskodex: Konzeption, Modellgesetz und Kommentierung / J. Pudelka (Hrsg.). Berlin: BWV, 2014. 205 S.]

⁴⁰ Pudelka, J. (ed.) (2014). Administrative Process Code: conception, model law and commentary. Berlin: BWV, pp. 50 f [Verwaltungsprozesskodex: Konzeption, Modellgesetz und Kommentierung / J. Pudelka (Hrsg.). Berlin: BWV, 2014. 205 S.]

⁴¹ Sommermann, K.-P. (2014). Principles of administrative law. *Bogdandy, A., Cassese, S., Huber, P.M. (eds.). Administrative law in Europe: basic moves*. Heidelberg, pp. 864 ff [Sommermann K.-P. Prinzipien des Verwaltungsrechts. *Verwaltungsrecht in Europa: Gründzüge* / A. Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber (Hrsg.). Heidelberg, 2014. S. 864 f., 871 ff].

europäischer Staaten und daraus folgende Konvergenzen bis hin zur Entwicklung einer europäischen Verwaltungskultur von besonderem Interesse sein⁴².

d) Verwaltungsgerichtsbarkeit als wichtige Einrichtung im öffentlichen Interesse

Das Verwaltungsrecht ist ein Rechtsgebiet, dessen Hauptaufgabe die rechtliche Regulierung der gesellschaftlichen Beziehungen im Bereich der Exekutive ist. Im Rahmen dieses Bereichs gilt es, die Umsetzung und den Schutz der Grundrechte der Bürger als auch die Erfüllung der Verpflichtungen durch die Bürger in nahezu allen Bereichen der Gesellschaft zu gewährleisten. Um die Probleme zu lösen, die die Modernisierung der politischen, ökonomischen und sozialen Beziehungen mit sich bringt, ist der staatliche Verwaltungsapparat gezwungen, die Vektoren seiner Tätigkeit neu auszurichten. Dies wiederum führt zu neuen Ansätzen der administrativen und rechtlichen Regulierung der Normsetzungs-, Kontroll- und Aufsichts- sowie anderen Verwaltungsfunktionen, unter anderem zur Gewährleistung des Gleichgewichts zwischen öffentlichen und privaten Interessen in allen Bereichen der Verwaltung. Echte demokratische Werte und die Umsetzung rechtsstaatlicher Prinzipien sollen die Beziehungen zwischen der Gesellschaft, dem Staat und dem Individuum verändern. Somit wachsen die Rolle und die Bedeutung des öffentlichen Interesses, welches im Grunde die gesellschaftlichen Interessen darstellt, ohne deren Befriedigung es unmöglich ist, individuelle Interessen zu verwirklichen und damit ein stabiles Funktionieren des Staates, der Gesellschaft und aller seiner sozialen Schichten zu erreichen.

Aktuelle Bedeutung in diesem Zusammenhang erlangt die Aufgabe der Verbesserung der Funktionsweise der Justiz hinsichtlich der Gewährleistung der gerichtlichen Kontrolle über die Tätigkeit der Verwaltung. Es geht dabei um die Entwicklung des Verwaltungsprozessrechts und seines organischen Bestandteils – nämlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit – als wichtige Einrichtung, die zumindest auch öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt ist.

In Usbekistan beruhen die rechtstheoretischen Darstellungen zum öffentlichen Interesse immer noch auf aus sozialistischer Zeit stammendem *Formalismus* und *Positivismus*. Insbesondere wird die Konstituierung der Kategorien Öffentliches Recht und öffentliches Interesse durch staatliches Recht und staatliches Interesse aufrechterhalten. Immer noch bestehen eine unklare Trennung zwischen privatem und staatlichem Recht bzw. eine Schwäche des Begriffs des öffentlichen Interesses und eine schwache Wirkung der Verfassung und ihrer Grundsätze⁴³. Da die Inhalte des öffentlichen und gemeinen Wohls des sowjetischen Regimes, die in der Regel auf der marxistisch-leninistischen Ideologie basierten, im usbekischen Öffentliches Recht und seiner Wissenschaft teilweise

⁴² Sommermann, K.-P. (2014). Principles of administrative law. *Bogdandy, A., Cassese, S., Huber, P.M. (eds.). Administrative law in Europe: basic moves*. Heidelberg, pp. 864 f., 871 ff [Sommermann K.-P. Prinzipien des Verwaltungsrechts. *Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge* / A. Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber (Hrsg.). Heidelberg, 2014. S. 864 f., 871 ff].

⁴³ Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. *Ost/Mag.* pp. 5. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

immer noch Wirkung entfalten, verhindern sie die Entstehung eines Verständnisses des öffentlichen Interesses auf der Basis einer *demokratischen* Verfassungstheorie und Lehre der öffentlichen Gewalt.

In der Rechtswissenschaft Usbekistans (und ebenso anderer postsowjetischer Länder)⁴⁴ sind die Meinungen über die Beziehung zwischen solchen Begriffen wie „öffentliches“, „staatliches“ und „gesellschaftliches“ Interesse oder Interesse eines „unbestimmten Personenkreises“ noch mehrdeutig: von ihrer Unterscheidung bis zur vollständigen Gleichsetzung. Gleichzeitig hat sich die Wahrnehmung des Verfahrensinstituts des Schutzes des öffentlichen Interesses noch nicht entwickelt, weder auf der Ebene der Rechtstheorie noch im Prozessrecht. So enthalten die verschiedenen Rechtswege der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Usbekistan keine Mechanismen zur Einbringung des öffentlichen Interesses in den Verwaltungsprozess. Insbesondere taucht der Begriff des öffentlichen Interesses in verwaltungsprozessrechtlichen Normen nicht auf, obwohl die Verwaltungsgerichte die beschränkte Befugnis haben, im Streitfall die Auslegung und Anwendung des „staatlichen und gesellschaftlichen“ Interesses durch die Verwaltung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. So spielt in der Rechtsordnung die Staatsanwaltschaft (auch noch eine Reihe weiterer Staatsorgane, u.a. das Justizministerium, die Ombudsbehörde) als Vertreterin des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozess eine bedeutende Rolle⁴⁵. Dabei existieren keine Methoden und Techniken richterlicher Entscheidungsfindung, die öffentlichen Interessen zu determinieren und damit im Urteil bzw. Beschluss zu rechtlichen öffentlichen Interessen zu machen.

Die Durchführung einer vertieften wissenschaftlichen Untersuchung, die das öffentliche Interesse im Verwaltungsrecht zum Inhalt hat, kann Grundlagen für weitere Forschungen zur Begleitung der Reform des Öffentlichen Rechts legen. Gleichzeitig ist

⁴⁴ So wurden in der *russischen* Rechtswissenschaft die Grundlagen für die Erforschung der Kategorie des „öffentlichen Interesses“ in den 1990er Jahren gelegt, bis im Jahr 2003 der Begriff Eingang in die Zivilprozessordnung fand. Siehe beispielweise: Tichomirov, Yu.A. (1995). Public law. Moscow [Тихомиров Ю.А. Публичное право. Москва, 1995. 496 с.].

Ju.A. Tichomirov definiert das öffentliche Interesse als „ein vom Staat anerkanntes und durch das Recht gewährleistete Interesse der sozialen Gemeinschaft, dessen Befriedigung als Garantie für ihre Existenz und Entwicklung dient“.

⁴⁵ Betreffs der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft siehe nur Art. 46 Gesetzbuch der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege. Die deutschen Experten gehen davon aus, dass die Staatsanwaltschaft derzeit nicht ausgeschlossen werden kann, sondern sie so einzubinden sei, dass der verwaltungsrechtliche Individualrechtsschutz gestärkt und stellenweise erweitert wird, andererseits allerdings eine allgemeine Rechtmäßigkeitsaufsicht abgelehnt wird. Allerdings wird in der „Konzeption zur Einführung eines Verwaltungsprozesskodexes“ eine allgemeine Rechtmäßigkeitsaufsicht abgelehnt.

Siehe: Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. OstMag, pp. 24. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

Pudelka, J. (ed.) (2014). Administrative Process Code: conception, model law and commentary. Berlin: BWV [Verwaltungsprozesskodex: Konzeption, Modellgesetz und Kommentierung / J. Pudelka (Hrsg.). Berlin: BWV, 2014. 205 S.].

es angesichts der im Zuge der Globalisierung zunehmenden Transformationsprozesse der nationalen Rechtssysteme ratsam, solche wissenschaftlichen Ausarbeitungen auf der Grundlage rechtsvergleichender Untersuchungen unter Berücksichtigung der Erfahrungen anderer Staaten, die bedeutende Ergebnisse in der Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit und etablierte wissenschaftliche Schulen des Öffentlichen Rechts vorweisen können sowie allgemeine Merkmale des Rechtssystems gemeinsam haben, aufzubauen.

Ausgehend von den Ergebnissen einer vorläufigen Analyse der vorherrschenden doktrinen Ansätze *deutscher* Rechtswissenschaftler⁴⁶ in diesem Bereich wie auch der etablierten Praxis der Rechtsanwendung in Deutschland, wo es seit 1945 viele Versuche gab, das öffentliche Interesse als juristische Kategorie allgemein zu erfassen, ist für das Rechtssystem Usbekistans gerade die deutsche Erfahrung besonders wertvoll und nützlich.

2. Relevante gesellschaftliche, politische und rechtliche Bedingungen für die Akzeptanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Zeit seit der Unabhängigkeit Usbekistans ist durch die Einführung von Organisationsformen und Prinzipien westlicher Regierungsführung gekennzeichnet, die von Pragmatismus, universellen formalen Regeln und Rechtsnormen als Hauptgrundlagen für Handlungen und Entscheidungen dominiert werden. In die Tätigkeit der politischen Institutionen bleiben gleichzeitig das niedrige Niveau der Universalisierung des Rechts, Doppeldenk auf der Mikroebene der modernen Praktiken⁴⁷ und der Konflikt der moralischen Anschauungen in der modernen Gesellschaft mit paternalistischem Bewusstsein und paternalistischen Beziehungen erhalten. Darüber hinaus ist in letzter Zeit ein zunehmender Einfluss der Religion auf die Organisation der öffentlichen Verwaltung zu verzeichnen⁴⁸. Gleichzeitig ist es ermutigend, dass die neue Staatsführung

⁴⁶ Haberle, P. (2006). Public interest as a legal problem: an analysis of legislation and case law. 2nd ed. Berlin [Häberle P. Öffentliches Interesse als juristisches Problem: Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung. 2. Aufl. Berlin, 2006. 700 S.].

Uerpmann, R. (1999). The public interest: its meaning as an element of fact and as a dogmatic concept. Tübingen [Uerpmann R. Das öffentliche Interesse – Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff. Tübingen, 1999. 420 S.].

Masing, J. (1997). Mobilizing the burgers for law enforcement: European impulses for a revision of the teaching of subjective public law. Berlin [Masing J. Die Mobilisierung des Burgers für die Durchsetzung des Rechts: europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht. Berlin, 1997. 288 S.].

Nolte, J. (2015). The peculiarity of administrative judicial protection. Reason and limits of the application of civil procedure law in the administrative process. Berlin [Nolte J. Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Grund und grenzen der Anwendung des Zivilprozessrechts im Verwaltungsprozess. Berlin, 2015. 678 S.].

⁴⁷ Das heißt, dass das Gesetz und die formalen Regeln bekannt, jedoch kein Wertbestandteil des Verhaltens und kein wesentliches Handlungsmotiv sind.

⁴⁸ In Usbekistan ist die Gedankenfreiheit in Art. 31 der Verfassung, die Trennung von Staat und Religion in Art. 5 des Gesetzes der Republik Usbekistan „Über Gedankenfreiheit und religiösen Glaubensgemeinschaften“ festgeschrieben. Die staatlich-konfessionellen Beziehungen im Land sind jedoch heute durch zwei einander gegenläufige Tendenzen gekennzeichnet. Einerseits werden durch die Globalisierung des öffentlichen Lebens sowie durch die Umsetzung von Verwaltungs- und sozioökonomischen Reformen in Usbekistan die Werte der westlichen Demokratie gefestigt,

den Wunsch nach Entwicklung einer liberalen Ideologie, einer sozialen Marktwirtschaft, eines freien Marktes, demokratischer politischer Institutionen und der Voraussetzungen für die Schaffung eines Rechtsstaats in Usbekistan zum Ausdruck bringt.

a) Das Wesen der Verwaltungsreform als Systementscheidung

Die Implementierung rechtsstaatlicher Prinzipien in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft sowie die Befähigung der Justiz, entsprechende Normen anzuwenden, sind wichtige Ziele der Reformprozesse in Usbekistan. Das Regierungshandeln gewann an Transparenz. In Usbekistan laufen zurzeit intensive Prozesse zur Schaffung eines vollkommen neuen und effektiv funktionierenden Systems der Staatsverwaltung. Zudem werden neue Rechtsgrundlagen über den Staatsdienst ausgearbeitet⁴⁹.

Im Land wurde bis heute viel getan, um das System der Staatsverwaltung grundlegend zu verbessern und zu modernisieren. Dennoch hat eine objektive Beurteilung der im Laufe der letzten zwei Jahre durchgeführten Maßnahmen und der Ergebnisse der Tätigkeit von Organen der Staatsverwaltung sowie der offene und direkte Dialog mit der Bevölkerung einen Bedarf an einer systemhaften Lösung bestehender Probleme und Mängel ergeben. Dies betrifft in erster Linie: den rein deklarativen Charakter der Aufgaben einiger Ressorts und die mangelhaften organisationsrechtlichen Voraussetzungen ihrer Erfüllung; ein ineffektives System der Leistungsbeurteilung, die lediglich auf die Feststellung von Tatsachen und das Sammeln von Statistiken hinausläuft und häufig den tatsächlichen Stand der Dinge vor Ort nicht wiedergibt; die übermäßige Zentralisierung staatlicher Funktionen, die die Rolle der sog. Örtlichen Organe der Staatsmacht (staatliche Verwaltung in den Gebietskörperschaften) bei der Gestaltung von territorialen Entwicklungsprogrammen und bei der Bewältigung dringender Probleme der Bevölkerung verringert; ein niedriges Niveau der innovativen Entwicklung, das zu Bürokratisierung und hohem Aufwand führt; Kombination von staatlichen regulativen und wirtschaftlichen Funktionen durch Organe der

die wichtigsten Institutionen der Zivilgesellschaft gebildet und die liberalen Ideen der autonomen Persönlichkeit eingeführt. Andererseits verstärkt sich das religiöse Bewusstsein der Bevölkerung, vor allem der muslimischen Mehrheit, und der Einfluss der islamischen Religion auf den sozialen und politischen Bereich der Gesellschaft nimmt zu. Zum Beispiel berichteten die Medien unlängst über die Organisation einer Zeremonie, wo Polizeibeamte eines Landkreises des Taschkenter Gebietes einen Eid auf den Koran ablegen und dabei versprechen, keine Korruptionsdelikte, vor allem nicht den Straftatbestand der Bestechlichkeit, zu verwirklichen. An dieser Zeremonie nahm auch der Hauptimam des Landkreises teil. Siehe Radio Ozodlik, URL: <https://rus.ozodlik.org/a/29644714.html> und auch die russischsprachige Internetzeitung Versja, URL: <https://versia.ru/uzbekskie-milicionery-poklyalis-na-korane-ne-brat-vzyatki> (zuletzt abgerufen am 28.12.2018). Besagte Tendenzen stellen besondere Aufgaben für die Rechtswissenschaft. Es erscheint notwendig, ein neues wissenschaftlich fundiertes Modell der staatlich-konfessionellen Beziehungen zu entwickeln und umzusetzen. Dieses Modell sollte zum Ziel haben, die verfassungsrechtlichen Prinzipien des Säkularismus detailliert in Gesetzen umzusetzen, die gemäß den Anforderungen des demokratischen Rechtsstaates das Verhältnis zwischen Staat und religiösen Institutionen festlegen werden. Gleichzeitig wird die Festlegung rechtlicher Grenzen für die Annäherung von Macht und Religion auch dazu beitragen, einen übermäßigen Einfluss der Religion auf die Staatsverwaltung zu verhindern.

⁴⁹ Vgl. Erlass des Präsidenten Republik Usbekistan „Über die Bestätigung der Konzeption der Verwaltungsreform in der Republik Usbekistan“ vom 08.09.2017 № PF-5185. URL: http://old.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=3331176.

Wirtschaftsverwaltung, die Praxis einer wahlweisen Bereitstellung von Vergünstigungen und Präferenzen, die die Entwicklung eines gesunden Wettbewerbsumfelds behindern; und fehlende pflichtgemäße Verantwortung und Initiative bei einigen Führungskräften, was sich negativ auf die territoriale Entwicklung auswirkt⁵⁰. Diese Mängel behindern eine erfolgreiche Modernisierung der Wirtschaftsbranchen und des sozialen Bereichs, eine umfassende territoriale Entwicklung sowie die Steigerung des Lebensstandards der Bevölkerung⁵¹.

In diesem Zusammenhang wurde vom Präsidenten der Republik Usbekistan im September 2017 der Erlass „Über die Bestätigung der Konzeption der Verwaltungsreform in der Republik Usbekistan“ (PF-5185)⁵² verabschiedet, der einen wichtigen Schritt zur Umsetzung der Handlungsstrategien in den fünf Schwerpunktbereichen der Entwicklung der Republik Usbekistan in den Jahren 2017–2021⁵³ darstellt und einen Umbruch in Staat und Gesellschaft Usbekistans markiert. In der Konzeption wurden sechs Schwerpunktbereiche der grundlegenden Reform des Systems der Staatsverwaltung definiert: Verbesserung der institutionellen und organisationsrechtlichen Grundlagen der Tätigkeit der Verwaltung (I.); Konkretisierung von Aufgaben (Funktionen, Befugnissen), Mechanismen ihrer Erfüllung und der Zuständigkeitsbereiche der Verwaltung, Verbesserung der Prozesse der Koordinierung als auch der Kooperation (II.); Weiterer Abbau der Einflussnahme der Verwaltung auf einzelne Wirtschaftsbranchen und Ausbau der marktwirtschaftlichen Steuerungsmechanismen (III.); Verbesserung der Mechanismen des vertikalen Steuerungssystems und der Kooperation der Staatsverwaltung (IV.); Einführung moderner Formen der strategischen Planung, innovativer Ideen, Entwicklungen und Technologien im System der Staatsverwaltung (V.) und Gestaltung eines effektiven Systems des professionellen öffentlichen Dienstes, Einführung wirksamer Mechanismen der Korruptionsbekämpfung im System der Staatsverwaltung (VI.).

Durch diese Verwaltungsreform soll eine Reihe von Ergebnissen erzielt werden, unter anderem die Schaffung wirksamer Mechanismen zur Gewährleistung der Rechte und Freiheiten der Bürger, eine weitere Steigerung ihres Wohlstands und des Grads der Zufriedenheit mit der Tätigkeit der Staatsverwaltung, insbesondere durch:

- eine Verbesserung der Verwaltungsverfahren, die auf eine klare Regelung der Rechtsbeziehungen der Staatsorgane mit natürlichen und juristischen Personen gerichtet sind;

⁵⁰ Vgl. Erlass des Präsidenten Republik Usbekistan „Über die Bestätigung der Konzeption der Verwaltungsreform in der Republik Usbekistan“ vom 08.09.2017 № PF-5185. URL: http://old.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=3331176.

⁵¹ Vgl. Erlass des Präsidenten Republik Usbekistan „Über die Bestätigung der Konzeption der Verwaltungsreform in der Republik Usbekistan“ vom 08.09.2017 № PF-5185. URL: http://old.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=3331176.

⁵² Vgl. Erlass des Präsidenten Republik Usbekistan „Über die Bestätigung der Konzeption der Verwaltungsreform in der Republik Usbekistan“ vom 08.09.2017 № PF-5185. URL: http://old.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=3331176.

⁵³ Siehe: Erlass des Präsidenten der Republik Usbekistan „Über Handlungsstrategien in den fünf Schwerpunktbereichen der Entwicklung der Republik Usbekistan in den Jahren 2017–2021“ vom 07.02.2017 № PF-4947. URL: http://old.lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=3107042#3109624.

- die Entwicklung des Systems der Verwaltungsjustiz, einschließlich einer Verbesserung des Verfahrens zur Anfechtung der Entscheidungen und des Handelns der Staatsverwaltung, der Einführung von Mechanismen der kollegialen Anhörung von Eingaben natürlicher und juristischer Personen;
- eine Steigerung der Effizienz der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen durch Verbesserung des E-Government-Systems;
- Gewährleistung der Rechtsstaatlichkeit, Stärkung der Gesetzlichkeit und der Rechtsordnung in der Gesellschaft.

Die Umsetzung der in der Konzeption der Verwaltungsreform genannten Maßnahmen verleiht der Modernisierung des Systems der Staatsverwaltung unter Berücksichtigung moderner Tendenzen der innovativen Entwicklung und der internationalen Standards einen neuen Impuls. Wie in der Konzeption explizit vorgesehen ist, soll die Umsetzung der Verwaltungsreform zur Realisierung folgender Idee beitragen: „*Nicht das Volk soll der Staatsverwaltung, sondern die Staatsverwaltung dem Volke dienen*“⁵⁴.

Ausgehend von der Analyse der Bestimmungen der Konzeption kann man zu dem Schluss kommen, dass der Staat die Notwendigkeit grundlegender Veränderungen in Organisation und Aufbau der öffentlichen Verwaltung begriffen hat. Alle mehr oder weniger wesentlichen Aspekte der Probleme im Bereich des Öffentlichen Rechts wurden in der Konzeption angesprochen, insbesondere: Wer verwaltet, wie, zu welchem Zweck, mit welchem Nutzeffekt. Die schwierigste und delikateste Aufgabe der begonnenen Reformen besteht jedoch darin, die Beschaffenheit und die Methoden der Verwaltung zu verändern, ihnen Eigenschaften zu geben, die den allgemein anerkannten demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechen. Die erfolgreiche Umsetzung dieser Aufgabe wird *conditio sine qua non* für mehr Akzeptanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit sein.

b) Rolle des Rechts in der rechtsstaatlichen Modernisierung des Staates

Die gegenwärtige Etappe der gesellschaftlichen Entwicklung der Republik Usbekistan, die vor allem mit dem Aufbau eines demokratischen Rechtsstaates und der Zivilgesellschaft verbunden ist, lässt sich durch eine stärkere Rolle des Rechts und durch die Einbeziehung von immer mehr Menschen in rechtliche Verhältnisse charakterisieren. Der objektive Prozess der Stärkung der Rolle des Rechts bei der Regelung der gesellschaftlichen Verhältnisse, des Verhaltens von sozialen Gruppen und Personen lässt sich wiederum darauf zurückführen, dass das Recht in Usbekistan ein Werkzeug für die Äußerung und Verwirklichung des Volkes ist⁵⁵. In diesem Sinne stellt das Recht nicht nur eine Gesamtheit von juristischen Normen, sondern auch ein kompliziertes dynamisches Sozialsystem dar, das imstande ist, die Regelungsfunktion der

⁵⁴ Siehe Erlass des Präsidenten der Republik Usbekistan vom 08.09.2018 № PF-5185.

⁵⁵ Egamberdiev, A. (2007). Results of the seminar on “From the Khanate to the Republic. The 20th century: structures and basic values in the field of Uzbekistan”. Krumm, R., Gunther, Ch., Klingenberg, M., Ryssel, G. (eds.). *History and Identity II: Uzbekistan and Germany in the XX. century*. Taschkent, pp. 145 f [Egamberdiev A. Ergebnisse des Seminars zum Thema „Vom Khanat zur Republik. Das 20. Jahrhundert: Strukturen und Grundwerte auf dem Gebiet Usbekistans“. *Geschichte und Identität II: Usbekistan und Deutschland im XX. Jahrhundert* / R. Krumm, Ch. Günther, M. Klingenberg, G. Ryssel (Hrsg.). Taschkent, 2007. S. 145 f].

gesellschaftlichen Verhältnisse sowie die Funktion einer wissenschaftlich begründeten Steuerung unterschiedlicher gesellschaftlicher Prozesse zu erfüllen.

Usbekistan absolviert deshalb immer noch einen Transformationsprozess, dessen Ziel es sein muss, nationale Traditionen mit der rechtsstaatlichen Modernisierung des Staats in Einklang zu bringen. Mit den Transformationsprozessen in der nationalen Rechtswissenschaft (wie übrigens auch in den meisten postsowjetischen Ländern) geht zugleich ein Prozess der vielaspektischen Umdeutung von Staat und Recht sowie ihrer Wechselwirkung einher, insbesondere auch zwischen *Privatem* und *Öffentlichem Recht* sowie der Wirkung der *Verfassung* und ihrer Grundsätze. Die Verfassungsaufgabe, einen humanen und demokratischen Rechtsstaat zu schaffen, impliziert eine den demokratischen Prinzipien entsprechende Organisationsform der öffentlichen Verwaltung. Ähnlich wie sich zurzeit die Beschaffenheit und die Methoden der öffentlichen Verwaltung verändern, deutet sich eine Erneuerung der Strategie und der Methoden rechtlicher Regulierung der gesellschaftlichen Beziehungen an, was insbesondere einen Übergang von der Verwaltung eines „Kommandostaates“ zur Verwaltung von Interessen und durch Interessen beinhaltet. Entsprechend dieser Aufgabe muss man die theoretische Vorstellung über das Verhältnis von politischer Gewalt und Recht sowie von Politik und Recht im Allgemeinen ändern.

Sicher ist einerseits der Wille der Transformationsstaaten unübersehbar, das sowjetische Erbe über Bord zu werfen⁵⁶. Viele Gesetze des Öffentlichen Rechts sind inzwischen modernisiert worden oder befinden sich in gesetzgeberischer Bearbeitung und Diskussion⁵⁷. Aber andererseits sind die Schwierigkeiten unverkennbar, rechtsstaatliche und demokratische Grundsätze anzunehmen und zu implementieren⁵⁸. Ausgehend davon ist es notwendig, das in Usbekistan derzeit noch vorherrschende Verständnis von Recht im Ganzen zu verändern. Leider ist bisher die Forschung zur Wechselwirkung zwischen Staat und Recht im Land kaum spürbar. In Ergebnis ist es – sowohl in der nationalen Fachliteratur als auch in der Praxis – immer noch verbreitet, das Recht auf das Gesetz zu reduzieren. Dies ist aber kontraproduktiv, da die inhaltliche Qualität eines Gesetzes ausmacht, dass es den öffentlichen Bedürfnissen entspricht und ein gewisses

⁵⁶ Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 2–3. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

⁵⁷ Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 2–3. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

⁵⁸ Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 2–3. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

Maß an Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit gewährleistet, deren Wurzeln bis in den Charakter der gesellschaftlichen Produktionsverhältnisse reichen sollten. Die Idee eines humanen und demokratischen Rechtsstaates beschränkt sich nicht auf Herrschaft des Rechts. Sie setzt eine optimale Annäherung der Rechtsvorschriften an die objektive Rechtsnatur der regulierten Beziehungen voraus, widersetzt sich der legislativen Sanktionierung der Willkür, stellt die Funktionen und die Struktur des Staates auf eine verfassungsrechtliche Grundlage und erhebt – nicht nur mit Worten, sondern mit Taten – zum obersten Ziel staatlicher Politik die Interessen des Volkes und die Rechte und Freiheiten der Bürger. Zum Kriterium des sozialen Fortschritts des Landes bestimmt sie den Grad der Entwicklung des Individuums und seiner kreativen Fähigkeiten.

Die Entwicklung eines modernen Rechtsverständnisses ist nicht einfach, weil es eine tiefe philosophische Einsicht in das Wesen der Dinge erfordert, einen wirklich humanitären Ansatz, die Synthese von natürlichem und sozialem Wissen, die Einbeziehung der Rechtstheorie in den Komplex der Humanwissenschaften. Vor allem erscheint es notwendig, das *Demokratieprinzip* und *Rechtsstaatlichkeitsprinzip* in der nationalen Staats- und Rechtstheorie weiterzuentwickeln, d.h. eine Abkehr vom allgegenwärtigen Staatszentrismus zu vollziehen. Dabei sind – aufgrund der Systematik bzw. Terminologie des usbekischen Verfassungsrechts – nicht „Rechtsstaat“ bzw. „*Rule of Law*“, sondern „*Vorrang des Gesetzes*“ und „*Gesetzmäßigkeit*“⁵⁹ Schlüsselbegriffe für den Weg zu rechtsstaatlichen Verhältnissen in Usbekistan. Es ist aber anzunehmen, dass es kaum möglich ist, unter Beibehaltung der bestehenden traditionellen Vorstellungen und konzeptuellen Ansätze zu Staat und Recht eine moderne und effektive Verwaltungsgerichtsbarkeit aufzubauen.

Das Problem der Rechtsstaatlichkeit ist sehr komplex, und die Entwicklung dieser Doktrin in Usbekistan ist ein sehr schwieriger Prozess, der so organisiert werden muss, dass Rechtsstaatlichkeit nicht als sehr allgemeine und hohe Losung wahrgenommen wird. In keinem Fall sollte Rechtsstaatlichkeit darauf reduziert werden, dass Gesetze eingehalten werden müssen, da sowohl die Qualität der Gesetze als auch die Qualifikation derjenigen, die sie anwenden, nicht immer gut sind. Vorab ist die Frage des Verhältnisses zwischen Rechtsstaatlichkeit, Staat, Wirtschaft und dem Individuum wichtig. Es sind diese Komponenten, die notwendige Bestandteile der Frage sind, und ohne ihre Synthese zu erreichen, ist es unmöglich, weder einen Aktionsplan, eine Strategie oder Vorhersagen zu entwickeln noch die Situation sachgerecht zu analysieren.

Wichtig ist auch die Frage nach einer umfassenden Untersuchung und Entwicklung von Standards, insbesondere von Standards im Bereich der staatlichen Macht und des Schutzes der Person, einschließlich einer eingehenden Analyse einschlägiger Auslandserfahrung. Leider liegen vielen Rechtsvorschriften in den einzelnen Rechtsbereichen oft fehlerhaften Vorstellungen und keine allgemein anerkannten Standards zugrunde. Hier kann man ebenfalls die Erfahrung Deutschlands nutzen, wo als Rechtsstaat eine Ordnung verstanden wird, welche beansprucht, staatliche

⁵⁹ Der „Vorrang des Gesetzes“ und die „Gesetzmäßigkeit“ als Rechtsbegriffe gelten in der usbekischen Rechtsordnung immer noch, wie in der Sowjetzeit, als eine zentrale Maxime der Rechtsetzung und Rechtsanwendung.

Machtbefugnisse nach Maßgabe von Recht und Gerechtigkeit auszuüben⁶⁰. Dementsprechend zeichnet sich die Rechtsstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland durch eine umfassende rechtliche Bindung der staatlichen Institutionen, Mandatsträger und Amtswalter sowie durch die Gewährleistung der Grundrechte aus⁶¹. Obwohl der verfassungsrechtliche Standort des Rechtsstaatsprinzips in Deutschland umstritten ist, wird überwiegend das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG verortet gesehen⁶². Das rechtsstaatliche Prinzip des Grundgesetzes hat jedoch eine materielle Dimension und es verlangt nicht nur Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns, sondern verpflichtet auch, das staatliche Handeln auf die Verwirklichung materieller Gerechtigkeit auszurichten⁶³. Dies ergibt sich zum einen aus der unmittelbaren Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG, andererseits aus der Bindung an Gesetz und *Recht* nach Art. 20 Abs. 3 GG⁶⁴.

Ungeachtet einiger Reformbemühungen der letzten Jahre entsprechen bei Weitem noch nicht alle Normativakte rechtsstaatlichen Maßstäben. Außerdem weist die Anwendung der Reformgesetze vielfach Defizite auf. So heben die deutschen Experten hervor, dass es für nachhaltige Veränderungen im Verwaltungsrecht nicht allein auf formale Reformschritte (neue Gesetze, neue Institutionen) ankomme, sondern auf echte Veränderungen, Innovationen, substantielle Reformen und einen Bewusstseinswandel unter den professionellen Rechtsanwendern wie auch in der Bevölkerung⁶⁵. Das Rechtsbewusstsein der Bürger sei hierbei ebenso wichtig wie die Ausbildung und Qualifizierung von Beamten, Juristen und Richtern⁶⁶.

⁶⁰ Sodan, H., Ziekow, J. (2018). Basic course in public law, constitutional and administrative law. 8th ed. Berlin, pp. 73, Rndr. 1 [Sodan H., Ziekow J. Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Berlin, 2018. S. 737, Rndr. 3]

⁶¹ Sodan, H., Ziekow, J. (2018). Basic course in public law, constitutional and administrative law. 8th ed. Berlin, pp. 737, Rndr. 3 [Sodan H., Ziekow J. Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Berlin, 2018. S. 737, Rndr. 3]

⁶² Sodan, H., Ziekow, J. (2018). Basic course in public law, constitutional and administrative law. 8th ed. Berlin, pp. 73, Rndr. 2 [Sodan H., Ziekow J. Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Berlin, 2018. S. 737, Rndr. 3]

⁶³ Sodan, H., Ziekow, J. (2018). Basic course in public law, constitutional and administrative law. 8th ed. Berlin, pp. 73, Rndr. 3 f [Sodan H., Ziekow J. Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Berlin, 2018. S. 737, Rndr. 3]

⁶⁴ Sodan, H., Ziekow, J. (2018). Basic course in public law, constitutional and administrative law. 8th ed. Berlin, pp. 737, Rndr. 3 [Sodan H., Ziekow J. Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Berlin, 2018. S. 737, Rndr. 3]

⁶⁵ Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 6. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

⁶⁶ Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 6. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

Bei der Schaffung eines an Demokratie und Rechtsstaat orientierten Rechtsbewusstseins muss es in erster Linie um die für die rechtsstaatlichen Reformprozesse relevanten Akteure (Beamten der Exekutive, Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte und Studenten der Rechtswissenschaft) gehen. Aufgrund des immer noch fortwirkenden Einflusses des „sozialistischen Rechtsbewusstseins“ haben die meisten dieser Akteure keine klaren Vorstellungen vom Wesen und von den Besonderheiten des Verwaltungsrechtsschutzes im Kontext der rechtsstaatlichen Modernisierung des Staates. Die genannten Akteure sind daran gewöhnt, dass die Exekutive nicht von klagenden Bürgern und urteilenden Gerichten, sondern von der Rechtsaufsicht durch die Exekutive⁶⁷ selbst bzw. Staatsanwaltschaft kontrolliert wird⁶⁸.

In diesem Zusammenhang kommt der Rechtswissenschaft eine konstitutive Bedeutung zu. Jedoch sind in Usbekistan bisher sowohl Forschung als auch Lehrbücher, die sich mit dem neueren Staats- und Verwaltungsrecht auseinandersetzen, kaum vorhanden⁶⁹. Im Ergebnis bereiten die usbekischen juristischen Fakultäten ihre Studierenden unzureichend auf die Techniken zur Berücksichtigung rechtsstaatlicher Standards, insbesondere der

⁶⁷ So wurden Anfang 2017 in allen Regionen des Landes (in der Republik Karakalpakstan, in Taschkent und allen Gebieten, Landkreisen und Stadtbezirken, insgesamt in 207 Siedlungen) sog. „Empfangszimmer des Volkes“ sowie bei der Administration des Präsidenten und dem Ministerkabinett sog. „Virtuellen Empfangszimmer“ des Präsidenten bzw. Ministerpräsidenten, die als Art E-Government gelten, eingerichtet. An diesen Empfangszimmern können sich alle Bürger mit ihren Beschwerden gegen Handlungen bzw. Entscheidungen aller Staatsorgane, insbesondere Organe der Exekutive, mit Anfragen oder Problemen wenden. Nach offiziellen Angaben wurden im Jahr 2017 von insgesamt 1 454 000 Gesuchen von Bürgern 1 395 000 positiv beschieden. Somit trägt dieses System der Prüfung der Appelle von Bürgern, die mit der Verletzung ihrer Rechte und berechtigten Interessen konfrontiert sind, dazu bei, dass die Bürger in den meisten Fällen nicht vor Gericht gehen, sondern sich direkt an die ersten Personen des Staates wenden. Damit wird jedoch die Illusion erzeugt, die Autorität der höchsten Gewalt, vor allem des Staatsoberhauptes, werde sowohl in der Bevölkerung als auch im gesamten Verwaltungssystem gestärkt. Tatsächlich besteht jedoch die Gefahr, dass sich die Justiz- und Rechtsschutzorgane in einem solchen Rechtsschutzsystem leicht daran gewöhnen, im „Regime manueller Steuerung“ (d.h. entsprechend dem „Befehl von oben“) zu arbeiten. Zu der Tätigkeit der „Empfangszimmer des Volkes“ siehe nur: „Wie haben Empfangszimmer des Volkes gearbeitet“. URL: <http://www.darakchi.uz/ru/41648> (zuletzt abgerufen am 28.12.2018). Zum Vergleich: während der ersten neun Monate des Jahres 2018 wurden von natürlichen und juristischen Personen 16 563 Klagen, die aus öffentlich-rechtlichen Beziehungen resultieren, bei den Verwaltungsgerichten erhoben. Siehe statistischen Daten des Obersten Gerichts der Republik Usbekistan. URL: <https://www.oliysud.uz/uploads/2018/11/2018-9-month-administrative-courts-stat-uzb.pdf> (zuletzt abgerufen am 28.12.2018).

⁶⁸ Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 3, 6. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

⁶⁹ Dazu auch Pudelka, J., Deppe, J. (2017). General administrative law in development in Central Asia. Ost/Mag, pp. 32. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf [Pudelka J., Deppe J. Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung. 2017. Ost/Mag. URL: https://www.ostinstitut.de/documents/publikationen/Pudelka_Deppe_Allgemeines_Verwaltungsrecht_in_Zentralasien_in_der_Entwicklung_OL_2_2017.pdf].

Grundrechte, bei der Anwendung einfachen Gesetzesrechts vor. Es scheint, dass die Hauptgründe dafür im Wesentlichen doktrinellem Natur sind. Der Mangel an erforderlichen Theoriekenntnissen an den usbekischen Rechtsfakultäten trägt in besonderem Maße dazu bei, dass die Kluft zwischen dem normativen Geltungsanspruch des Rechts und der Rechtswirklichkeit weiter zunimmt und damit negativ auf das Rechtsbewusstsein der Juristen einwirkt. Im Endeffekt werden so Schwierigkeiten erzeugt, rechtsstaatliche Grundsätze richtig wahrzunehmen und erfolgreich zu implementieren. Diese Faktoren wirken sich nachteilig auf die Juristenausbildung aus und behindern eine nachhaltige Entwicklung des Rechts in Usbekistan.

Der Rechtsstaat braucht rechtspolitisch sensibilisierte Juristen und eine entsprechende Rechtswissenschaft, denn den meisten Juristen gilt die Verpflichtung, den doktrinellem Ansichten einer Rechtsschule zu folgen, als eine Garantie für die Vorhersehbarkeit ihrer Entscheidungen. Es ist auch offensichtlich, dass ein funktionsfähiges und legitimes Rechtssystem dadurch geschaffen wird, dass die Entscheidung der oben genannten Akteure durch die ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsquellen und sonstigen Quellen sowie durch allgemein anerkannte Auslegungsmethoden vorgegeben sind.

IV. Schlussbemerkungen

Das Institut der gerichtlichen Verwaltungskontrolle ist in Usbekistan relativ neu und bisher nur unbefriedigend ausformuliert. Die gerichtliche Verwaltungskontrolle wird auf der Grundlage verschiedener Normen durch die Verwaltungsgerichte, Zivilgerichte, Militärgerichte und Wirtschaftsgerichte ausgeübt.

Verfassungskontrolle wird in Usbekistan auf gesamtstaatlicher Ebene durch das Verfassungsgericht der Republik Usbekistan ausgeübt. Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat aber bis jetzt noch keine große praktische Bedeutung erlangt. Es bleibt abzuwarten, ob und wie unter den neuen politischen Bedingungen in Usbekistan die formal-rechtlichen Prüfungskompetenzen des Verfassungsgerichts tatsächlich genutzt werden können, so dass das Verfassungsgericht dennoch einen maßgeblichen, bisher ausgebliebenen Beitrag zur Entwicklung von Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit leisten kann.

Eine Reihe von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten wurde noch in der Sowjetzeit für justitiabel erklärt. Theorie und Praxis der gerichtlichen Verwaltungskontrolle beschritten den Weg einer allmählichen Erweiterung der Prüfungskompetenzen der ordentlichen Gerichte, bis im Jahr 1988 durch das sowjetische Gesetz „Über die Beschwerdeführung bei Gericht gegen rechtswidrige Handlungen von Amtspersonen, die die Rechte der Bürger schmälern“ eine Generalklausel eingeführt wurde, die den Rechtsweg gegen sämtliche Handlungen (Entscheidungen) von Verwaltungsorganen und Amtspersonen zu den ordentlichen Gerichten eröffnete. Dabei wurde das allgemeine Recht auf Beschwerde bei Gericht aus dem allgemeinen Beschwerde- und Antragsrecht (bei den Behörden) entwickelt, das letztlich durch die Verfassung der Republik Usbekistan (Art. 44) garantiert wurde und durch das bis 12.10.2018 geltende Gesetz „Über die Beschwerdeführung bei Gericht gegen Handlungen und Entscheidungen, welche die Rechte und Freiheiten der Bürger verletzen“ vom 30.08.1995 realisiert wurde. Nachdem im Jahre 2017 erstmals das Gerichtssystem Usbekistans um eine spezielle Verwaltungsgerichtsbarkeit ergänzt und im Jahre 2018 das Gesetzbuch der Republik

Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege und das Gesetz der Republik Usbekistan „Über administrative Prozeduren“ verabschiedet wurden, wurde es offensichtlich, dass das Land den Anschluss an die Entwicklungstendenzen des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts der kontinentaleuropäischen Staaten sucht.

Natürlich ist die Ausgestaltung des Rechtsinstituts in großem Maße in den gesamten Reformprozess eingebunden und von der gesamten Rechtsentwicklung abhängig. Das Gesetzbuch der Republik Usbekistan über die Verwaltungsrechtspflege weist große Regelungslücken und Mängel auf. So regeln die Bestimmungen des Gesetzbuches das Gerichtsverfahren nur unzureichend und stellen dadurch dem Verwaltungsgericht nicht das nötige Werkzeug für die gerichtliche Prüfung bereit. Zudem erschweren die Inkonsequenz des Gesetzgebers, was die Festlegungen auf einheitliche Terminologie und allgemeine Grundsätze eines rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Verwaltungsprozesses anbetrifft, und die Abwesenheit klarer Mechanismen zur Einbringung des öffentlichen Interesses in den Verwaltungsprozess die Anwendung der Normen sowohl durch die Verwaltungsorgane als auch die Gerichte. Dessen ungeachtet stellt das Gesetzbuch „Über die Verwaltungsrechtspflege“ einen weiteren großen Schritt auf dem Weg zu einem demokratischen Rechtsstaat dar.

Die Wirtschaftsprozessordnung der Republik Usbekistan enthält einen Katalog verwaltungsrechtlicher Klagearten, regelt jedoch ebenfalls kein spezielles Verfahren für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten. Es wäre deshalb richtig und praktischer, den Verwaltungsprozess in einem einheitlichen Gesetzbuch zu regeln und die Verwaltungssachen gänzlich an spezielle Verwaltungsgerichte zu übertragen. Als vorrangig erscheint dem Autor zunächst jedoch die Vervollkommnung und Ausgestaltung des Instituts der gerichtlichen Verwaltungskontrolle.

Wenn sich der Bürger gegen Verwaltungshandeln zur Wehr setzt, so nutzt er dazu vor allem den traditionellen Weg über die Staatsanwaltschaft oder wendet sich an die Administration des Präsidenten bzw. das Ministerkabinett. Die Gründe für die Unpopularität der Beschwerdeführung bei Gericht liegen zum einen in der Gewöhnung an das Rechtsinstitut der staatsanwaltlichen Aufsicht, wohl aber vor allem in dem bisher nur unbefriedigend ausformulierten Rechtsinstitut der gerichtlichen Verwaltungskontrolle. Zu berücksichtigen sind auch das mangelnde an Demokratie und Rechtsstaat orientierte Rechtsbewusstsein der Bürger und der für die rechtsstaatlichen Reformprozesse relevanten Akteure (Beamten der Exekutive, Richter, Staatsanwälte, Rechtsanwälte und Studenten der Rechtswissenschaft) sowie die Abwesenheit klarer Vorstellungen vom Wesen und von den Besonderheiten des Verwaltungsrechtsschutzes im Kontext der rechtsstaatlichen Modernisierung des Staates.

Der erste und verantwortungsvolle Schritt zur Behebung dieser Mängel sollte die Schaffung einer wissenschaftlich fundierten Konzeption des Aufbaus und der Funktionsweise eines modernen Verwaltungsrechtsschutzsystems sein. In diesem Zusammenhang kann die Intensivierung des Austausches zwischen usbekischen und deutschen Rechtswissenschaftlern und Rechtspraktikern eine besondere Rolle spielen, um Gemeinsamkeiten im Rechtsdenken und vor allem beim Problemlösungsbedarf herauszuarbeiten.

ДО УВАГИ АВТОРІВ

До друку приймаються наукові статті провідних фахівців у галузі публічного права, представників юридичної практики, молодих науковців.

Технічні вимоги до оформлення статті:

Формат А 4; поля – 2 см (нижнє) x 2 см (верхнє), 3 см (ліве) x 1,5 см (праве); абзац – 1,25 см; міжрядковий інтервал – 1,5 см; шрифт – Times New Roman; кегль – 14.

Обсяг статті – від 10 до 20 сторінок.

У тексті слід використовувати символи за зразком: лапки «...», дефіс (-), тире (–), апостроф (').

Послідовність розміщення структурних елементів у науковій статті:

1. Вказується мовою статті (англійською або німецькою):

назва;

прізвище, ім'я, по батькові автора (-ів) статті (не більше двох осіб);

посада, місце роботи/навчання, науковий ступінь, вчене звання (за наявністю), електронна адреса;

розширена анотація та ключові слова. В анотації повинна бути така структура: Мета, Методи, Результати та Висновки. Обсяг анотації: мінімум – 300 слів, максимум – 350 слів. До анотації обов'язково додають 5–10 ключових слів.

2. Текст статті:

Вступ (Introduction) є обов'язковою частиною роботи, в якій автор вказує новизну теми та актуальність наукових рішень. Мета дослідження повинна бути чітко вказана поряд з науково-дослідницькими завданнями. Необхідно вказати методологію дослідження, логіку уявлення дослідженого матеріалу.

Основний текст повинен бути поділений на змістовні розділи з окремими заголовками (до 4-6 слів).

Стаття повинна містити висновки з проведеного дослідження (Conclusions), в яких представлені розгорнуті конкретні висновки за результатами дослідження і перспективи подальших досліджень у цьому напрямку.

3. Список використаних джерел. Бібліографічний опис списку оформлюється з урахуванням розробленого в 2015 році Національного стандарту України ДСТУ 8302:2015 «Інформація та документація. Бібліографічне посилання. Загальні положення та правила складання». За умови неправильного оформлення списку використаних джерел стаття може бути відхилена рецензентами.

4. References. Оформлюється відповідно до стандарту APA (APA Style Reference Citations). Автор (трансліт), назва статті (трансліт), назва статті (в квадратних дужках переклад англійською мовою), назва джерела (трансліт), вихідні дані (місто з позначенням англійською мовою), видавництво (трансліт). Наприклад:

Dikhtiiievskiy, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyksii: administrativno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [in Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. *Pravo Ukrainy*, no. 8, pp. 37–39.

Транслітерація імен та прізвищ з української мови здійснюється відповідно до вимог Постанови Кабінету Міністрів України «Про впорядкування транслітерації українського алфавіту латиницею» від 27 січня 2010 р. № 55.

Транслітерація з російської мови здійснюється відповідно до ГОСТ 7.79-2000. Система стандартів по информации, библиотечному и издательскому делу. Правила транслитерации кирилловского письма латинским алфавитом.

5. Вказується українською і англійською (якщо статтю подано німецькою мовою):

назва;

прізвище, ім'я, по батькові автора (-ів) статті (не більше двох осіб);

посада, місце роботи/навчання, науковий ступінь, вчене звання (за наявністю), електронна адреса;

розширена анотація та ключові слова. В анотації повинна бути така структура: Мета, Методи, Результати та Висновки. Обсяг анотації: мінімум – 300 слів, максимум – 350 слів. До анотації обов'язково додають 5–10 ключових слів.

Посилання на літературу подаються у тексті тільки в круглих дужках:

При цьому кожен громадянин України, який відповідає встановленим вимогам до кандидата на посаду прокурора, має право звернутися до Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів із заявою про участь у доборі кандидатів на посаду прокурора (ЗУ «Про прокуратуру», 2015).

Усі статті, що надходять до редакції проходять закрите рецензування та перевіряються на плагіат.

Редколегія вправі рецензувати, редагувати, скорочувати та відхиляти статті. У разі недотримання зазначених вимог щодо оформлення рукописів редакція залишає за собою право не розглядати їх. Редакція не завжди поділяє позицію авторів публікацій. Передрук статей можливий лише з дозволу редакції.

ВНИМАНИЮ АВТОРОВ

К печати принимаются научные статьи ведущих специалистов в области публичного права, представителей юридической практики, молодых ученых.

Технические требования к оформлению статьи:

Формат А 4; поля – 2 см (нижнее) x 2 см (верхнее), 3 см (левое) x 1,5 см (правое) абзац – 1,25 см; межстрочный интервал – 1,5 см; шрифт – Times New Roman; кегль – 14.

Объем статьи – от 10 до 20 страниц.

В тексте следует использовать символы по образцу: лапки «...», дефис (-), тире (–), апостроф (').

Последовательность размещения структурных элементов в научной статье:

1. Указывается на языке статьи (английский или немецкий язык):

название;

фамилия, имя, отчество автора (-ов) статьи (не более двух человек);

должность, место работы / учебы, ученая степень, ученое звание (при наличии), электронный адрес;

расширенная аннотация и ключевые слова. В аннотации должна быть такая структура: Цель, Методы, Результаты и Выводы. Объем аннотации: минимум – 300 слов, максимум – 350 слов. К аннотации обязательно добавляют 5–10 ключевых слов или словосочетаний.

2. Текст статьи:

Введение (Introduction) является обязательной частью работы, в которой автор указывает новизну темы и актуальность научных решений. Цель исследования должна быть четко указана рядом с научно-исследовательскими задачами. Необходимо указать методологию исследования, логику представления исследованного материала.

Основной текст должен быть разделен на содержательные разделы с отдельными заголовками (до 4-6 слов).

Статья должна содержать выводы из проведенного исследования (Conclusions), в которых представлены развернутые конкретные выводы по результатам исследования и перспективы дальнейших исследований в этом направлении.

3. Список использованных источников. Библиографическое описание списка оформляется с учетом разработанного в 2015 году Национального стандарта Украины ДСТУ 8302: 2015 «Информация и документация. Библиографическая ссылка. Общие положения и правила составления». При неправильном оформлении списка литературы статья может быть отклонена рецензентами.

4. References. Оформляется в соответствии со стандартом APA (APA Style Reference Citations). Автор (транслит), название статьи (транслит), название статьи (в квадратных скобках перевод на английский язык), название источника (транслит), выходные данные (город с обозначением на английском языке), издательство (транслит). К примеру:

Dikhtiievskiyi, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyktsii: administrativno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [In Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. Pravo Ukrainy, no. 8, pp. 37–39.

Транслитерация имен и фамилий с украинского языка в соответствии с требованиями Постановления Кабинета Министров Украины «Об упорядочении транслитерации украинского алфавита латиницей» от 27 января 2010 № 55.

Транслитерация с русского языка осуществляется в соответствии с ГОСТ 7.79-2000. Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Правила транслитерации кирилловского письма латинским алфавитом.

5. Указывается на украинском и английском языке (если статью подано на немецком языке):

название;

фамилия, имя, отчество автора (-ов) статьи (не более двух человек);

должность, место работы / учебы, ученая степень, ученое звание (при наличии), электронный адрес;

расширенная аннотация и ключевые слова. В аннотации должна быть такая структура: Цель, Методы, Результаты и Выводы. Объем аннотации: минимум – 300 слов, максимум – 350 слов. К аннотации обязательно добавляют 5–10 ключевых слов или словосочетаний.

Ссылки на литературу даются в тексте только в круглых скобках:

При этом каждый гражданин Украины, который соответствует установленным требованиям к кандидату на должность прокурора, вправе обратиться в квалификационно-дисциплинарной комиссии прокуроров с заявлением об участии в отборе кандидатов на должность прокурора (ЗУ «О прокуратуре», 2015).

Все статьи, поступающие в редакцию проходят закрытое рецензирование и проверяются на плагиат.

Редколлегия вправе рецензировать, редактировать, сокращать и отклонять статьи. В случае несоблюдения указанных требований по оформлению рукописей редакция оставляет за собой право не рассматривать их. Редакция не всегда разделяет позицию авторов публикаций. Перепечатка статей возможна только с разрешения редакции.

FOR AUTHORS

We accept articles of leading specialists in the sphere of public law, representatives of legal practice, young scientists.

Technical requirements for article composition:

Size A 4; fields – 2 cm (bottom) x 2 cm (top), 3 cm (left) x 1,5 cm (right); indentation – 1,25 cm; line spacing – 1,5 cm; font – Times New Roman; size – 14.

The article volume is from 10 to 20 pages.

It should be used symbols as follows: quotes "...", hyphen (-), dash (–), apostrophe (').

Sequence of placement of structural elements in a research article:

1. It is indicated in the language of the article (English or German):

title;

surname, name, patronymic of author (-s) of the article (no more than two persons);

job position, place of employment/study, academic degree, rank (if any), e-mail;

expanded summary and key words. The summary consists of the following obligatory structure: Purpose, Methods, Results and Conclusions. Summary volume: minimum – 300 words, maximum – 350 words. After the summary, it is necessary to add 5–10 key words or phrases.

2. Text of the article:

Introduction is an obligatory part of the research, where the author indicates topicality of the subject and actuality of scientific decisions. Goal of research should be clearly indicated along with the research tasks. It is necessary to specify the methodology of research, the logic of presentation of the investigated material.

The main text should be divided into content-rich sections with separate headings (up to 4-6 words).

The article should contain conclusions from the study, which present detailed findings from the study and the prospects for further research in this direction.

3. Bibliography. Bibliography description is carried out taking into account the National Standard of Ukraine DSTU 8302: 2015 "Information and documentation. Bibliographic reference. General principles and rules of composition". Reviewers can reject an article in the case of improper execution of bibliography.

4. References. It is composed according to standards APA (APA Style Reference Citations). There is an author (transliteration), title of the article (in square brackets, English translation), source name (transliteration), source data (city with the English mark), publishing house (transliteration). For example:

Dikhtiiivskyi, P. V., Lahniuk, O. M. (2015). Kadrove zabezpechennia sudiv zahalnoi yurysdyksii: administratyvno-pravovyi aspekt [Staff assistance of of courts of general jurisdiction: administrative and legal aspect]. Kherson: Helevetyka. [in Ukrainian]

Bondarenko, I. (2002). Sudova systema Ukrainy ta yii reformuvannia v suchasnykh umovakh [Judicial system of Ukraine and its reforming in the modern conditions]. Pravo Ukrainy, no. 8, pp. 37–39.

Transliteration of names and surnames is carried out in accordance with the requirements of the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine “On Normalization of Transliteration of the Ukrainian Alphabet by Means of the Latin Alphabet” dated January 27, 2010, No. 55.

Transliteration from Russian is carried out in accordance with GOST 7.79-2000. System of standards on information, librarianship and publishing. Rules of transliteration of Cyrillic script by Latin alphabet.

5. It is indicated in Ukrainian and English (if the article is submitted in German):
title;
surname, name, patronymic of author (-s) of the article (no more than two persons);
job position, place of employment/study, academic degree, rank (if any), e-mail;
extended summary and key words. Summary has to contain: subject of research, methodology, goal and conclusions of research. The minimum volume of summary is 350 words.

References to the literature are given in the text only in parentheses:

At the same time, every citizen of Ukraine, who meets the established requirements for a candidate for a post of prosecutor, has the right to appeal to the Qualification Disciplinary Commission of Public Prosecutors with application of participation in the selection of candidates on the post of prosecutor (The Law of Ukraine “On Public Prosecution Service”, 2015).

All articles, which are sent to editorial office, pass a close review and are tested for plagiarism presence.

Editorial board has the right to review, edit, reduce and reject the article. In the case of neglect of mentioned requirements regarding manuscripts composition, editorial board reserves the right to skip them. Editorial staff not always shares a position of authors. Republication of articles is possible only with the consent of editorial board.

Наукове видання



Адміністративне **ПРАВО І ПРОЦЕС**

науково-практичний журнал

№ 4 (27)/2019

Коректура • Н. Пирог

Комп'ютерна верстка • Ю. Семенченко

Автори опублікованих матеріалів несуть повну відповідальність за підбір, точність наведених фактів, цитат, економіко-статистичних даних, власних імен та інших відомостей.

Формат 70/100/1/8. Ум.-друк. арк. 13,65. Наклад 300 прим. Замов. № 0620/149.

Гарнітура Times. Папір офсет. Цифровий друк.

Підписано до друку 30.12.2019.

Видавничий дім «Гельветика»

03150, м. Київ, вул. Велика Васильківська 74, оф. 7

Телефони: +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи

ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

Scientific publication



Administrative **LAW and PROCESS**

scientific and practical journal

№ 4 (27)/2019

Proof reading N. Pyroh

Desktop publishing Yu. Semenchenko

The authors are fully responsible for the collation, accuracy of facts, quotes, economic-statistical data, proper names and other information.

Format 70/100/1/16. Printer's sheet 13.65. Circulation 300 copies. Order No 0620/149.

Typeface Times. Offset paper. Digital printing.

Authorized for printing as of 30.12.2019.

Publishing House "Helvetica"

74 Velyka Vasylkivska str., office 7, Kyiv, 03150

Telephone: +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua

Certificate of a publishing entity ДК No 6424 dated 04.10.2018