

Teil VI

Judicial Review

Inhaltsübersicht

A. Rechtsgrundlagen	110
B. Rechtscharakter	111
C. Gerichtliche Zuständigkeit	112
D. Verfahrensvereinfachungen	113
E. Statthaftigkeit	113
I. Streitgegenstand	113
II. Subsidiarität	114
F. Zwei Verfahrensabschnitte	114
I. Erste Stufe: Zulassung des Antrags (Permission to proceed)	115
1. Standing/locus standi (Rechtsschutzinteresse)	115
2. Besonderheiten nach dem Human Rights Act 1998	117
3. Besondere Verweigerungsgründe	118
3.1 Keine Ergebnisverbesserung	118
3.2 Fristversäumnis	119
II. Zweite Stufe: Sachentscheidung	119
1. Berechtigtes Interesse	119
2. Kontrolldichte	121
3. Klagegründe („Heads of review“)	123
3.1 Illegality (Rechtswidrigkeit)	123
3.2 Irrationality (Unvernünftige Entscheidungen)	124
3.3 Procedural impropriety (Verfahrensfehler)	126
3.4 Proportionality (Verhältnismäßigkeit)	126
4. Gerichtlicher Ermessensspielraum	130
5. Rechtsfolgen eines Verstoßes	131
G. Ausschlussklauseln („Ouster clauses“)	132
I. Anisminic-Urteil des House of Lords	133
II. Cart-Urteil des Supreme Court	134
III. Privacy International-Urteil des Supreme Court	136
IV. Reform 2022	138

Verwaltungsentscheidungen können in Rechtsstaaten grundsätzlich vor Gericht angefochten werden. Ihre Einlegung verfolgt zwei Ziele: Zum einen die vollständige oder teilweise Rücknahme oder Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Zum anderen kann in Verbindung mit einer Anfechtungsklage die Verpflichtung zum Erlass einer Entscheidung, die Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit oder die Gewährung einer Leistung begehrt werden.

Diese Prozessziele können nur verfolgt werden, wenn das Rechtsschutzverfahren vor einem Gericht eröffnet worden ist, also ein Rechtsbehelf oder Rechtsmittel statthaft, zulässig und begründet ist. Im deutschen Prozessrecht erfolgt die Unterscheidung dieser Angriffsmittel danach, ob sie einen Devolutiv- und/oder Suspensiveffekt haben¹. Ein Devolutiveffekt liegt vor, wenn der Rechtsstreit vor ein höheres Gericht „befördert“ und dort einer vollständigen oder teilweisen Überprüfung unterzogen wird. Einen Suspensiveffekt haben die Angriffsmittel, wenn sie den Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung verhindern. Treten beide Effekte ein, spricht man von Rechtsmitteln, fehlen sie oder besteht nur ein Effekt, handelt es sich um einen Rechtsbehelf. Demzufolge ist die Klage nach deutschem Verständnis ein Rechtsbehelf, da sie den Rechtsstreit nicht von einer gerichtlichen Instanz in eine höhere befördert. Gleiches gilt für die Wiederaufnahmeklage oder den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil. Dagegen sind Berufung und Revision Rechtsmittel.

Das britische Recht kennt diese Unterscheidung nicht. Dort kann sich der/die Betroffene gegen belastende Verwaltungsentscheidungen und belastende Gerichtsurteile mit einem „appeal“ oder „judicial review“ wehren.

Der Ausdruck „appeal“ wird im englischen Gesetzesrecht für alle Rechtsbehelfe und -mittel verwandt, also unabhängig davon, ob es sich um eine Klage, Berufung oder Revision im deutschen Verständnis handelt. Eine allgemeine Verwaltungsprozessordnung, in der die Statthaftigkeit eines „appeals“ zu regeln wäre, besteht im UK nicht. „Appeals“ können nur eingelegt werden, wenn sie gesetzlich ausdrücklich vorgesehen sind. „Rights of appeals“ sind im Common law nicht vorgesehen, da es nur anzuwenden ist, wenn gerade keine gesetzliche Regelung besteht. Die Einzelgesetze bestimmen zugleich die gerichtlichen Zuständigkeiten². Ein solcher genereller Hinweis mag hier genügen. Welche „appeals“ im Recht der sozialen Sicherheit gegen ministerielle Entscheidungen sowie Urteile der FtTs und UTs vorgesehen sind, wird später erläutert.

1 Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt (2020): vor § 143 Rn 1

2 Schirmer (2007): 119

Eine weitere Überprüfungsmöglichkeit eröffnet der „judicial review“ (JR). Schon der Ausdruck signalisiert, dass es sich um eine „gerichtliche Überprüfung“, und zwar im Sinne einer „supervisory jurisdiction“ (= Rechtsaufsicht)³ handelt. Mit diesem Verfahren können Gerichte behördliches Handeln auf dessen Rechtmäßigkeit überprüfen. Aber auch gegen Entscheidungen unterer Gerichte einschließlich der Tribunals im „social security scheme“ oder im NHS, die nicht mit einem „appeal“ angefochten werden können, ermöglicht der JR evtl. eine gerichtliche Überprüfung.

A. Rechtsgrundlagen

Der JR wurde im Common law entwickelt und hat sich aus dem System der „writs“ (Fn 19) entwickelt⁴. Generelle Grundlage ist die „rule of law“ (dazu S. 26)⁵. Eine umfassende Kodifizierung ist bislang nicht erfolgt. Zum 1.01.1978 traten gesetzliche Teilregelungen zum JR in Kraft, und zwar durch die „Order 53 (Applications for Judicial Review)“ in schedule 1 of the Rules of Supreme Court 1965. Sie werden üblicherweise mit „R.S.C., Ord. 53“ abgekürzt⁶. Sie wurden 2000 als Part 54 im Anhang zu den „Civil Procedure Rules 1998“ (CPR) übernommen⁷. Die einzelnen Vorschriften werden als „rule“ bezeichnet, wie das vorangestellte Inhaltsverzeichnis verdeutlicht. Im Folgenden wird der Ausdruck mit „r“ abgekürzt.

Die Regelungen des Part 54 werden durch s 31 Supreme Courts Act 1981 ergänzt und bestehen nunmehr als s 31 Senior Courts Act 1981 (SCA 1981) fort, nachdem der „Constitutional Reform Act 2005“ (schedule 11 para. 1 < 1 >) den Supreme Courts Act 1981 mit Wirkung zum 1.10.2009 in Senior Courts Act 1981 umbenannt hatte⁸.

3 Schirmer (2007): 24, 120

4 Schirmer (2007): 24, 120

5 Bradley/Ewing/Knight (2022): 733; Garner's (2005): 162

6 Siehe hierzu z. B. die sogen. „Fleet Street casuals- Entscheidung“ des House of Lords aus dem Jahre 1982, R v Inland Revenue Commissioners, Ex parte National Federation of the Self Employed and Small Businesses Ltd [1982]; <http://www.uniset.ca/other/css/1982AC617.html>

7 The Civil Procedure (Amendment No. 4) Rules 2000, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/2092/made/data.pdf>

8 Rule 2 of the Constitutional Reform Act 2005 (Commencement No. 11) Order 2009, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/1604/article/2/made#article-2-d>

Der Antrag auf JR wird als „claim for judicial review“ (r 54 < 2 > <a > CPR) oder „application for judicial review“ (s 31 < 3 > SCA 1981) bezeichnet.

B. Rechtscharakter

Der JR gewährt keine lückenlose Rechtskontrolle, wie sie Art. 19 Abs. 4 GG garantiert⁹.

Ist ein „appeal“ gesetzlich nicht vorgesehen, eröffnet der JR den Rechtsweg zu Gerichten gegen Verwaltungsentscheidungen¹⁰, sofern weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Ferner ermöglicht er die Überprüfung von Entscheidungen eines Gerichtes, die an sich nicht anfechtbar sind, durch ein höheres Gericht. Der JR ist daher im deutschen Verständnis Rechtsbehelf oder Rechtsmittel.

In der deutschen Literatur zum englischen Prozessrecht wird er nicht als Rechtsbehelf bzw. -mittel, sondern als ein „Mechanismus“¹¹ oder „überwölbendes Verfahren“¹² bezeichnet. Diese Terminologie lehnt sich möglicherweise am englischen Prozessverständnis an.

In Wade & Forsyth's¹³ wird beanstandet, dass Richter den JR oft als „remedy“ bezeichnen. Der JR sei kein „remedy“, sondern ein Verfahren zur Erlangung der im SCA 1981 vorgesehenen „remedies“. S 29 SCA 1981 benennt „certiorari, mandamus, prohibition, declaration and injunction“. Sie werden den „prerogative or ordinary remedies“ zugeordnet (dazu S. 214). Es erscheint zweifelhaft, ob man der Auslegung in Wade & Forsyth's folgen kann. Die Terminologie im englischen Gesetzesrecht sowie in der englischen Rspr. und Literatur ist nicht eindeutig.

Natürlich lässt sich der Ausdruck „remedies“ mit Rechtsbehelf oder -mittel übersetzen. Aus dem Umstand, dass der JR die Nutzung der in SCA 1981 genannten Verfahren („remedies“) ermöglicht, lässt sich jedoch nicht folgern, dass er selbst kein „remedy“ sei.

9 Schirmer (2007): 24, 120

10 Kleve/Schirmer (2007): 145

11 Schirmer (2007): 115

12 Jansing (2013): 96

13 Wade & Forsyth's (2014): 505: „Although judges often speak as if the judicial review were itself a remedy, it must be remembered that it is merely a procedure for obtaining the remedies specified in the Senior Courts Act 1981, ...“

Die in s 29 SCA 1981 genannten Verfahren kommen nur zur Anwendung, wenn der gerichtliche Rechtsweg eröffnet ist, also ein Rechtsbehelf bzw. Rechtsmittel in Anspruch genommen werden kann (hier der JR; zu „statutory appeals“ siehe S. 214). Dabei fällt auf, dass das Gesetz sie nicht als „remedies“, sondern als „forms of relief“ bezeichnet (s 31 < 1 > SCA 1981). Dagegen verwendet r 54.3 CPR den Ausdruck „remedies“. Aus der unterschiedlichen Terminologie lassen sich keine Rückschlüsse auf den Rechtscharakter des JR ziehen.

Mit Blick auf die Subsidiarität des JR (dazu S. 114) kann dieser als subsidiärer Rechtsbehelf bezeichnet werden¹⁴. Das bestätigt der Supreme Court im Urteil vom 16. 10. 2024¹⁵; danach ist der JR in der Regel der letzte Rechtsbehelf („a remedy of last resort“), um eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips zu vermeiden, wenn kein anderes geeignetes Verfahren verfügbar ist.

Da der JR bei fehlendem gesetzlichen „appeal“ oder anderen entsprechenden Verfahren sowohl als Klage i.S. eines Rechtsbehelfs als auch als Berufung oder Revision i.S. eines Rechtsmittels genutzt werden kann, könnte man in Anlehnung an die o.a. Terminologie den JR als „überwölbendes Rechtsschutzverfahren“ bezeichnen. Die im Rahmen des JR verfügbaren und in s 29 SCA 1981 genannten „remedies“ haben dann die Qualität von Klagearten, jedenfalls wenn man das deutsche Verständnis zugrunde legt. Hiervon ausgehend, werden sie im Rahmen der Ausführungen zum FtT behandelt (S. 214 f.)

C. Gerichtliche Zuständigkeit

Über die Gewährung des JR entscheidet in der Regel der High Court (s 54.1 < 2 > < g > CPR). Innerhalb dieses Gerichts werden die Aufgaben vornehmlich dem Administrative Court (dazu S. 45) übertragen.

¹⁴ Jansing (2013): 122

¹⁵ Judgement of 16 October 2024, [2024] UKSC 31, para 50: „judicial review ... is ordinarily a remedy of last resort, to ensure that the rule of law is respected where no other procedure is suitable to achieve that objective“; <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2023-0092-judgment.pdf>

Über Rechtsmittel gegen dessen Entscheidungen entscheiden der Court of Appeal und der Supreme Court¹⁶.

Der High Court kann unter den in s 31A SCA 1981 genannten Voraussetzungen den Antrag auf JR an das UT verweisen. Die Vorschrift wurde durch s 19 (1) TCEA 2007 eingefügt. Vergleichbare Regeln bestehen für Nord-Irland und Schottland (ss 19 < 2 > and 20 et seqq a.a.O.).

D. Verfahrensvereinfachungen

Ist der JR statthaft und zulässig, können die Rechtsmittelführer/innen ihre Prozessziele mit den üblichen Klagearten und ggf. auch mit einer einstweiligen Anordnung verfolgen (hierzu näher S. 214 ff.). R 54 (2) CPR und s 31 (1) SCA 1981 bestimmen, dass für alle Klagearten und für einstweilige Anordnungen im Rahmen des JR die gleichen Regeln gelten. Der Vorteil des JR ist, dass die Partei sich nicht auf eine Klageart festlegen muss, d. h. es ist unschädlich, wenn sie die falsche wählt. In diesem Fall bestimmt das Gericht unter Berücksichtigung des erkennbar gewordenen Parteiwillens die richtige Klageart¹⁷.

E. Statthaftigkeit

Der JR ist statthaft, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind.

I. Streitgegenstand

Die Legaldefinition des r 54 (2) (a) CPR stellt klar, dass ausschließlich Maßnahmen und Entscheidungen, die in Ausübung öffentlich-rechtlicher Funktionen ergangen sind, Gegenstand des JR sein können („a claim for judicial review“ means a claim to review ... an enactment or a decision ... in relation to the exercise of a public function“). Ein JR kann also nur

¹⁶ Kleve/Schirmer (2007): 132

¹⁷ Jansing (2013): 95 f., insbesondere Fn 299 und 301; ferner 100 ff.

gegen Maßnahmen und Entscheidungen genutzt werden, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

II. Subsidiarität

Jedenfalls in neuerer Zeit hat die englischen Rspr. entschieden, dass der JR ein subsidiärer Rechtsbehelf sei¹⁸. Das bedeutet, dass der JR das letzte Mittel sein sollte, um den gewünschten Rechtsschutz zu erhalten („that litigation should be a last resort“¹⁹). Demzufolge ist der Antrag auf JR nicht statthaft, wenn gegen die behördliche Maßnahme z. B. ein „statutory appeal“ zum FtT oder gegen die erstinstanzliche Entscheidung ein „appeal“ zum UT gegeben ist²⁰. Ebenso müssen Antragsteller/innen vorab ein gesetzlich vorgesehenes Beschwerdeverfahren („statutory complaints procedure“)²¹, die Beschwerdemöglichkeit beim Ombudsmann (dazu S. 282)²² oder ein sonstiges alternatives Streitbeilegungsverfahren („alternative dispute resolution“, näher hierzu S. 280 ff.) nutzen.

Allerdings kann der JR genutzt werden, wenn die in Betracht kommenden Rechtsbehelfe oder Überprüfungsmöglichkeiten weniger effektiv sind²³.

F. Zwei Verfahrensabschnitte

Ist der Antrag auf Gewährung des JR statthaft, vollzieht sich das Verfahren in zwei Stufen bzw. Verfahrensabschnitten. Das verdeutlicht s 31 (3) SCA 1981. Danach kann über den Antrag nur entschieden werden, nachdem der High Court ihn zugelassen hat („No application for judicial review shall be made unless the leave of the High Court has been obtained in accordance with rules of court“). Auf der ersten Stufe wird somit dar-

18 Dazu oben S. 112; zur Rechtsentwicklung: Jansing (2013): 121 ff.

19 Pre-Action Protocol for Judicial Review, para 9: Alternative Dispute Resolution; https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_jrv#alternative

20 De Smith's (2020): 1000. (16–17 ff.)

21 De Smith's (2020): 998 et seqq. (16–021).

22 De Smith's (2020): 1000 et seqq. (16–121 ff.)

23 De Smith's (2020): 1001 (16–021)

über entschieden, ob das Verfahren überhaupt durchgeführt wird. Wird das bejaht, ergeht auf der zweiten Stufe die Sachentscheidung.

I. Erste Stufe: Zulassung des Antrags (Permission to proceed)

Gem. r 54.4 CRP muss das Gericht zunächst die „permission to proceed“²⁴ gewähren. Früher wurde anstatt „permission“ der Ausdruck „leave“ verwendet. Eng am Wortlaut orientiert, müsste man den Terminus mit „Erlaubnis zu prozessieren“ übersetzen. Man könnte ihn auch frei mit „Zustimmung zur Verfahrenseinleitung bzw. -eröffnung“ übersetzen. An Stelle von „Zustimmung“ könnte man auch den Ausdruck „Genehmigung“ verwenden. Stellt man auf den Sinn und Zweck der „permission to proceed“ ab, ähnelt es einem Zulassungsverfahren, sodass man den Ausdruck in diesem Zusammenhang frei mit Zulassung übersetzen kann.

Die Entscheidung über die Zulassung trifft der High Court (r 54.1 < 2 > < g > CRP). Zuständig ist der Administrative Court. Ihm wird ein Ermessensspielraum („discretionary power“) eingeräumt. Dabei muss er prozessuale und materielle Vorgaben beachten.

Im Zulassungsverfahren hat das Gericht zunächst über die Statthaftigkeit des JR zu befinden. Wird diese Voraussetzung bejaht, entscheidet das Gericht über folgende weitere Zulassungsvoraussetzungen

1. Standing/locus standi (Rechtsschutzinteresse)

Das Gericht kann das JR-Verfahrens nur zulassen, wenn der/die Antragsteller/in ein Rechtsschutzinteresse nachweist. Nach s 31 (3) SCA 1981 setzt die Zulassung voraus, dass der/die Antragsteller/in ein hinreichendes Interesse an der Angelegenheit hat, auf die sich der Antrag bezieht („... the court shall not grant leave to make such an application unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates“).

An dieser Stelle ist anzumerken, dass das Gericht ein rechtliches Interesse auf beiden Verfahrensstufen prüft. Die notwendige Klarstellung nahm das House of Lords erstmals 1982 in der sogen. „Fleet Street casuals-

24 „The court’s permission to proceed is required in a claim for judicial review ...“

Entscheidung“²⁵ vor. Das Gericht ging von einem zweistufigen Verfahren, einem „two-stage process“²⁶, aus.

Auf der ersten Stufe („first stage“) prüft das Gericht das Vorhandensein eines berechtigten Interesses im Rahmen einer groben Einschätzung. Auf dieser Stufe geht es darum zu verhindern, dass Gerichte mit unverantwortlichen Anträgen überschwemmt und öffentliche Einrichtungen schikaniert/belästigt werden. Es soll ein Missbrauch des Rechtswegs verhindert werden. Lord Wilberforce hat dies in der zitierten Entscheidung des House of Lords wie folgt formuliert: „There may be simple cases in which it can be seen at the earliest stage that the person applying for judicial review has no interest at all, or no sufficient interest to support the application: then it would be quite correct at the threshold to refuse him leave to apply. The right to do so is an important safeguard against the courts being flooded and public bodies harassed by irresponsible applications“. Lord Wilberforce hat diese Voraussetzung als „threshold requirement“ bezeichnet.

Das hat Lord Diplock in der zitierten „Fleet Street casuals- Entscheidung“ noch klarer ausgedrückt. Es würde dem Gesetzeszweck widersprechen, wenn sich das Gericht auf der ersten Stufe vertieft mit der Zulassung beschäftigen müsse. Es sei es ausreichend, wenn es nach einer schnellen bzw. kurzen Durchsicht des verfügbaren Materials zu der Auffassung gelange, dass es sich um einen diskutablen Fall („an arguable case“) handle. Deshalb müsse das Gericht auf beiden Stufen unterschiedliche Prüfmaßstäbe zugrunde legen²⁷. Auf der ersten Stufe genüge es, dass auf der Grundlage der in diesem Prozessstadium vorhandenen Erkenntnisse „prima facie“ von einem berechtigten Interesse ausgegangen werden könne. Das schließe nicht aus, dass das Gericht auf der zweiten Stufe auf-

25 R v Inland Revenue Commissioners, Ex parte National Federation of the Self Employed and Small Businesses Ltd [1982];

26 Wade & Forsyth's (2023): 560

27 „The whole purpose of requiring that leave should first be obtained to make the application for judicial review would be defeated if the court were to go into the matter in any depth at that stage. If, on a quick perusal of the material then available, the court thinks that it discloses what might on further consideration turn out to be an arguable case in favour of granting to the applicant the relief claimed, it ought, in the exercise of a judicial discretion, to give him leave to apply for that relief. The discretion that the court is exercising at this stage is not the same as that which it is called upon to exercise when all the evidence is in and the matter has been fully argued at the hearing of the application.“

grund der Ergebnisse der Hauptverhandlung zu einer anderen Bewertung komme²⁸.

Ferner kann auf Ausführungen von Lord Fraser of Tullybelton in der gen. Entscheidung des House of Lords verwiesen werden. Er betont ebenfalls, dass vorab über das Rechtsschutzinteresse entschieden werden müsse, bevor eine Sachentscheidung ergehen könne. Wichtigtuern fehle ein solches Interesse („But the question whether the respondents have a sufficient interest to make the application at all is a separate, and logically prior, question which has to be answered affirmatively before any question on the merits arises. There is also general agreement that a mere busy-body does not have a sufficient interest“).

Somit wird die Prüfung auf der 1. Stufe letztlich von dem Grundsatz des deutschen Prozessrechtes geprägt, dass niemand Gerichte grundlos oder für unlautere Zwecke in Anspruch nehmen darf²⁹.

2. Besonderheiten nach dem Human Rights Act 1998

Der Begriff des „standing“ ist in einem engeren Sinn zu verstehen, wenn der/die Antragsteller/in eine Verletzung der EMRK geltend macht. Nach Transformation der EMRK in das nationale Recht durch den Human Rights Act 1998³⁰ (HRA 1998) bestimmt s 6 a.a.O., dass eine Behörde bzw. öffentliche Einrichtung sich rechtswidrig verhält, wenn sie gegen Rechte verstößt, deren Schutz die EMRK gewährleistet („It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right“). Nach der Legaldefinition des s 6 (3) a.a.O. gelten als „public authority“ alle Courts und Tribunals und alle Personen bzw. Einrichtungen, die öffentlich-rechtliche Funktionen ausüben mit Ausnahme des Parlaments. Auf Konventionsrechte kann sich eine Person nur berufen, wenn sie Opfer der beanstandeten Maßnahme/Entscheidung ist oder sein würde. Dies gilt auch, wenn sie die Verletzung im Rahmen eines JR geltend macht (s

28 „So this is a „threshold“ question in the sense that the court must direct its mind to it and form a prima facie view about it upon the material that is available at the first stage. The prima facie view so formed, if favourable to the applicant, may alter on further consideration in the light of further evidence that may be before the court at the second stage, the hearing of the application for judicial review itself.“

29 BSG, Urteil vom 8.05.2007, B 2 U 3/06 R, SozR 4-2700 § 136 Nr 3, Rn 13

30 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>

7 < 1 > and < 3 > a.a.O.). Insoweit verweist s 7 (7) a.a.O. ausdrücklich auf Art. 34 EMRK. Letztlich bedeutet dies, dass die Person direkt von der Maßnahme nachteilig betroffen sein muss. Bei behaupteten Konventionsverstößen fehlt ein berechtigtes Interesse als Zulassungsvoraussetzung, wenn Gruppen nur die Interessen ihrer Mitglieder geltend machen oder Antragsteller/innen sich auf ein öffentliches Interesse berufen. Dagegen wird bei sonstigen Anwendungsfällen der Begriff „großzügiger“ definiert (dazu gleich S. 119 f.).

3. Besondere Verweigerungsgründe

Das Gesetz nennt verschiedene Gründe, welche die Gewährung des JR ausschließen.

3.1 Keine Ergebnisverbesserung

Bei der Entscheidung über die Zulassung des Antrags muss das Gericht prüfen, ob das Ergebnis des Verfahrens den/die Antragsteller/in im Vergleich zur Situation, die durch die beanstandete Maßnahme geschaffen wurde, grundlegend besserstellen würde (s 31 < 3C > SCA 1981³¹). Meint es, eine solche Besserstellung sei höchstwahrscheinlich nicht zu erwarten, kann es den JR nicht zulassen (s 31 < 3D > a.a.O.³²). Dennoch kann es die Zulassung gewähren, wenn es der Auffassung ist, dass das aus Gründen eines außergewöhnlichen öffentlichen Interesses angebracht sei (s 31 < 3E > a.a.O.³³).

An dieser Stelle sei bemerkt, es könnte erwägenswert sein, in der deutschen Sozialgerichtsbarkeit einen entsprechenden Zulassungsgrund in § 160 SGG einzuführen. Zwar ließe sich die Einschränkung evtl. dadurch umsetzen, dass man in solchen Fällen ein Rechtsschutzinteresse

31 „When considering whether to grant leave to make an application for judicial review, the High Court (a) may of its own motion consider whether the outcome for the applicant would have been substantially different if the conduct complained of had not occurred, and (b) must consider that question if the defendant asks it to do so.“

32 The High Court (a) must refuse to grant relief on an application for judicial review, if it appears to the court to be highly likely that the outcome for the applicant would not have been substantially different if the conduct complained of had not occurred.

33 „The court may disregard the requirement, ... if it considers that it is appropriate to do so for reasons of exceptional public interest.“

verneint. Die Ergänzung im Gesetzestext würde jedoch der Klarstellung dienen.

3.2 Fristversäumnis

Der Antrag ist fristgebunden. Sofern gesetzlich keine besonderen Fristen vorgesehen sind, muss der Antrag auf JR spätestens 3 Monate nach Eintritt des Ereignisses gestellt werden, das Anlass zur Durchführung des Verfahrens gegeben hat (r 54.5 < 1 >, < 2 > and < 3 > CPR). Wird die Frist versäumt, „kann“ das Gericht den Antrag zurückweisen (s 31 < 6 > SCA 1981). Die gesetzliche Formulierung „may refuse“ zeigt, dass dem Gericht ein Ermessen eingeräumt wird. Nach dem Gesetzeswortlaut kann das Gericht den Antrag zurückweisen, wenn es der Auffassung ist, dass es sich um ein „ungebührliches Versäumnis“ („undue delay“) handelt und die Gewährung die Rechte einer (anderen) Person erheblich beeinträchtigen würde oder einer guten Verwaltung abträglich wäre³⁴.

II. Zweite Stufe: Sachentscheidung

Ist die Zulassung erfolgt, ergeht die abschließende sachliche Entscheidung.

1. Berechtigtes Interesse

Auch wenn es im früheren und aktuellen Recht nicht deutlich zum Ausdruck kommt, muss der/die Antragsteller/in ein „standing“ auf beiden Stufen nachweisen. Wie oben dargelegt, nahm das House of Lords erstmals 1982 in der sogenannten „Fleet Street casualties“-Entscheidung³⁵ die notwen-

34 „Where the High Court considers that there has been undue delay in making an application for judicial review, the court may refuse to grant (a) leave for the making of the application; or (b) any relief sought on the application, if it considers that the granting of the relief sought would be likely to cause substantial hardship to, or substantially prejudice the rights of, any person or would be detrimental to good administration.“)

35 R v Inland Revenue Commissioners, Ex parte National Federation of the Self Employed and Small Businesses Ltd [1982]; <http://www.uniset.ca/other/css/1982AC617.html>

dige Klarstellung vor. Das Gericht ging von einem zweistufigen Verfahren, einem „two-stage process“³⁶, aus.

Auf der ersten Stufe kann das berechtigte Interesse bejaht werden, wenn *prima facie* ein Missbrauch durch Wichtigtuer, Spinner und Unruhestifter ausgeschlossen werden kann (dazu oben S. 116). Dagegen ist bei der abschließenden Entscheidung auf der zweiten Stufe eine strengere Bewertung vorzunehmen.

Wie Lord Wilberforce in der zitierten Entscheidung formuliert hat, kann die Frage, ob der/die Antragsteller/in ein berechtigtes Interesse hat, auf der zweiten Stufe nicht abstrakt bzw. isoliert beantwortet werden, sondern muss im Zusammenhang mit dem rechtlichen und faktischen Kontext betrachtet werden („... , the question of sufficient interest can not, ... , be considered in the abstract, or as an isolated point: it must be taken together with the legal and factual context. The rule requires sufficient interest in the matter to which the application relates“).

Die zitierten Ausführungen von Lord Wilberforce erwecken den Eindruck, als sei das „sufficient interest“ auf der zweiten Stufe ein wenig vergleichbar mit der Klagebefugnis im deutschen Prozessrecht. Dort (§ 42 Abs. 2 VwGO, § 54 Abs. 1 SGG) muss der/die Kläger/in geltend machen, er/sie sei durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen/ihren Rechten verletzt. Er/sie muss hierfür die notwendigen Tatsachen vortragen und die Beseitigung einer Verwaltungsmaßnahme mit der Behauptung anstreben, sie greife in seine/ihre Rechtsphäre ein und sei rechtswidrig³⁷.

Darüber hinaus erfasst der Begriff „sufficient interest“ im englischen Prozessrecht einen weitergehenden Anwendungsbereich³⁸. Gruppen, die selbst kein Interesse haben, können die Interessen ihrer Mitglieder geltend machen. So betont Lord Diplock in der gen. „Fleet Street casuals-Entscheidung“, dass anderenfalls eine schwerwiegende Lücke im öffentlichen Recht bestehen würde³⁹. Ferner ist das Fehlen eines eigenen Interesses unschädlich, wenn das Gericht zu der Auffassung gelangt, dass die Zulassung

36 Wade & Forsyth's's (2023): 560

37 Hierzu u. a. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt (2020): § 54 Rn 9 ff.

38 Schirmer (2007): 143

39 „It would, in my view, be a grave lacuna in our system of public law if a pressure group, like the federation, or even a single public-spirited taxpayer, were prevented by outdated technical rules of locus standi from bringing the matter to the attention of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful conduct stopped.“

aus Gründen eines außergewöhnlichen öffentlichen Interesses angebracht sei (s 31 < 2B > SCA 1981: „The court may disregard the requirements ... if it considers that it is appropriate to do so for reasons of exceptional public interest.“).

2. Kontrolldichte

Lt. der Legaldefinition des r 54 (2) (a) CPR bezweckt der JR die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Anordnung, Entscheidung, Handlung oder Unterlassung im Rahmen der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben („a „claim for judicial review“ means a claim to review the lawfulness of an enactment; or a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function“). Das Gericht befasst sich nicht mit Tatsachen- bzw. Sachverhaltsfragen, nimmt also keine Kontrolle der „merits“ vor⁴⁰, sondern prüft allein die Rechtmäßigkeit („the lawfulness“) der beanstandeten Maßnahme/Entscheidung. Das bedeutet, dass das Gericht nicht deren inhaltliche Richtigkeit, sondern nur deren „Legalität“ prüft, also entscheidet, ob sie in Einklang mit den Gesetzen ordnungsgemäß ergangen ist. Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung ist allein das „wie“ eines hoheitlichen Aktes⁴¹.

Damit stellt sich die Frage der Kontrolldichte. Der Begriff betrifft im deutschen Verwaltungsprozessrecht die Frage, wie und inwieweit Gerichte behördliche Maßnahmen überprüfen können. Im JR wird dies unter dem Begriff der „grounds of review“ oder „heads of review“ behandelt. Kontrollmaßstäbe sind die Doktrin der „ultra vires“ und die Prinzipien der „natural justice“⁴².

Die Doktrin der „ultra vires“ besagt, dass ein Handeln nur dann rechtmäßig ist, wenn die Grenzen bzw. Befugnisse beachtet worden sind, die durch Gesetz oder Common law festgelegt worden sind. Die Entscheidungen des Gerichts, sogen. „Prärogativbefehle“ (dazu S. 214 ff.), sind als Instrumente zu verstehen, mit denen sichergestellt wird, dass die behördlichen Maßnahmen intra vires getroffen wurden. Im englischen Sprach-

40 Jansing (2013): 133

41 Jansing (2013): 133 f.

42 Schirmer (2007): 123, 234

gebrauch wird dies mit „jurisdiction“ umschrieben. Der Begriff umfasst mehr als der im deutschen Recht verwandte Begriff der Zuständigkeit⁴³.

In der englischen Rspr. wurde der Begriff „jurisdiction“ beim JR zunächst sehr eng gefasst. Die gerichtliche Überprüfungsbefugnis beschränkte sich darauf, ob die rechtlich vorgegebenen Grenzen eingehalten wurden. Rechtsfehler, welche die Behörde innerhalb ihrer „jurisdiction“ begangen hatte, waren nicht justiziabel. Eine Ausnahme wurde nur gemacht, wenn sich der Rechtsfehler schon aus den Akten ergab. Mit dem *Anisminic*-Urteil⁴⁴ wurde die Unterscheidung zwischen „jurisdictional error“, der vom Gericht überprüfbar war, und einem „error of law without jurisdiction“ aufgegeben. Nunmehr ist jeder Rechtsfehler überprüfbar⁴⁵.

Gegenstand des möglichen Fehlers kann das materielle Recht wie auch das Prozessrecht sein, also „errors of substantive law and procedural law“. Die Kontrollmaßstäbe für prozessuale Fehler werden aus dem Verfahrensrecht des Common law und insbesondere den Grundsätzen der „natural justice“ hergeleitet (dazu S. 87). Ursprünglich wurden sie für das Verwaltungsverfahren nur herangezogen, wenn es gerichtsähnlich ausgestaltet war. Die Einschränkung hatte das House of Lords im Rechtsstreit *Ridge v. Baldwin* aufgegeben⁴⁶.

Die Gründe bzw. Kriterien, welche letztlich die Kontrollmaßstäbe bildeten, ließen sich durch den Rückgriff auf die Doktrin der *ultra vires* und die Verfahrensregeln des common law nur unzureichend konkretisieren. Eine kaum noch überschaubare Kasuistik hat schließlich dazu geführt, die gerichtliche Kontrolle anhand vom Klagegründen, den sogen. „heads/grounds of review“ zu systematisieren⁴⁷. So hat Lord Diplock in der Leitentscheidung des House of Lords⁴⁸ die relevanten Klagegründe in drei Fallgruppen aufgeteilt, und zwar in „heads of review of illegality, irrationality and procedural impropriety“. Allerdings hat er angedeutet,

43 Schirmer (2007): 123, 234

44 Judgement of the House of Lords of 17th December 1968, *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1968] APPL.R. 12/17, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationOlderReports/Anisminic%201968.pdf>

45 Schirmer (2007): 125 f.

46 Judgement of 14 March 1963, *Ridge v Baldwin* [1964] AC 40; <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1963/2.html>

47 Kleve/Schirmer (2007): 150; Schirmer (2007): 145 f.

48 Judgement of 22^o Novembers 1984, *Counsel of Civil Service Unions v Minister for Civil Services* 1985 AC 374; p. 17; https://www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/lalli/UK_HouseOfLords_Decisions.pdf

dass weitere Gruppen denkbar seien. Beispielhaft hat er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit benannt.

3. Klagegründe („Heads of review“)

Zu den Fallgruppen ist Folgendes anzumerken:

3.1 Illegality (Rechtswidrigkeit)

Die Fallgruppe umfasst Fehler im materiellen Recht und damit die Rechtswidrigkeit im engeren Sinn⁴⁹. Im nationalen Recht ist zwischen gebundenen Entscheidungen und Ermessensentscheidungen zu differenzieren.

- Überprüfung gebundener Entscheidungen

Grundsätzlich ist zu prüfen, ob der Entscheidungsträger das Recht richtig angewandt bzw. umgesetzt hat. Erfasst wird damit zum einen der klassische Anwendungsfall der ultra-vires-Doktrin, also Fälle, in den die Behörde die ihr durch Gesetz oder Common law vorgegebenen Grenzen nicht eingehalten hat. Wie dargelegt (S. 122) sind seit dem Anisminic-Urteil alle Rechtsfehler gerichtlich überprüfbar. Dennoch sind damit nicht alle Probleme gelöst. Sie betreffen die Entscheidungskompetenz.

Da das Gericht im JR nicht darüber entscheidet, ob die Behörde oder das untere Gericht in der Sache richtig entschieden hat, hatte die Rspr. Schwierigkeiten gehabt, welche Rechtsfehler der gerichtlichen Überprüfung unterliegen und welche Rechtsfragen durch den Entscheidungsträger zu beurteilen sind. Die Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere daraus, dass dem englischen Recht die Unterscheidung zwischen Beurteilungsspielraum bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsebene und Ermessensspielraum auf der Rechtsfolgen-seite fremd ist. Die Gewährung eines erheblichen administrativen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums ist im englischen Verwaltungsrecht verbreitet. Eingriffsermächtigungen sind häufig offen und generalklauselartig formuliert. Es obliegt den Gerichten, die zugrunde liegenden Vorschriften entsprechend auszulegen⁵⁰. Dabei hat sich das Gericht bei Prü-

49 Kleve/Schirmer (2007): 150; Schirmer (2007): 145 f.

50 Kleve/Schirmer (2007): 152 f.

fung der „illegality“ auf sogen. „hard-edged questions“ zu beschränken. Tatsachenfragen, Beurteilungen und Ermessen werden nur unter dem Aspekt der „irrationality“ überprüft (dazu gleich). Es wird nicht geprüft, ob die Behörde angemessener hätte entscheiden können⁵¹.

Die unter dem Aspekt der „illegality“ zu prüfenden Klagegründe dürften sich mit Inkrafttreten des HRA 1998 erweitert haben (sogen. „convention illegality“)⁵².

- Überprüfung von Ermessensentscheidungen

Mit dem Klagegrund der „illegality“ können auch Ermessensentscheidungen Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung im JR sein. Hierbei geht es zum einen um den „misuse of power“, also um einen Missbrauch der Handlungsermächtigung. Er lässt sich mit dem im deutschen Recht bekannten Ermessens Fehlgebrauch vergleichen. Ferner zählen hierzu Fälle der „fettering of discretion“, die dem Ermessensnichtiggebrauch oder der Ermessensunterschreitung im deutschen Verständnis entsprechen⁵³.

Umstritten ist, ob für die Überprüfung von Ermessensentscheidungen auch Fälle der „estoppel“ bzw. der „legitimate expectation“ relevant sind, also ob sich die Behörde ihr vorangegangenes Tun oder Praxis vorhalten lassen muss (Vertrauenstatbestand bzw. -schutz)⁵⁴.

3.2 Irrationality (Unvernünftige Entscheidungen)

Ein kritisch zu bewertender Klagegrund ist die sogen. „irrationality“. Sie betrifft behördliche Ermessensentscheidungen, die nicht schon aus Gründen, die beim Klagegrund der „illegality“ greifen, aufgehoben werden müssen. Bei der „irrationality“ befasst sich das Gericht mit sogen. „soft-edged questions“, also mit Tatsachenfragen, Beurteilungen und Ermessen. Eine klare Abgrenzung zur „illegality“ ist oft schwierig⁵⁵.

Im Rahmen der von ihm vorgenommenen Systematisierung der Klagegründe (S. 122) hat Lord Diplock eine behördliche Entscheidung als irrational bezeichnet, wenn sie auffallend jeglicher Logik entbehre oder

51 Kleve/Schirmer (2007): 153 f.

52 Schirmer (2007): 149

53 Schirmer (2007): 147 f.

54 Schirmer (2007): 148 f.

55 Kleve/Schirmer (2007): 154

anerkannte moralische Standards missachte, sodass keine sensible Person eine solche Entscheidung getroffen hätte⁵⁶.

Üblicherweise erfolgt die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsmaßnahme am Maßstab des sogen. „Wednesbury unreasonableness test“. Nach der Entscheidung des Court of Appeal⁵⁷ ist von einer „irrationality“ auszugehen, wenn kein pflichtbewusst handelnder Entscheidungsträger sie jemals getroffen hätte. Dem hat Lord Diplock (a.a.O.) zugestimmt. Es dürfte zweifelhaft sein, ob ein solcher Test wegen seiner Unbestimmtheit überhaupt diesen Namen verdient.

So verwundert es nicht, dass der Wednesbury-Test stark kritisiert wurde. Kleve/Schirmer⁵⁸ weisen auf Stimmen in der englischen Literatur hin, die den Vorwurf der Tautologie erheben. Ist eine Entscheidung erst dann „irrational“ oder „unreasonable“, wenn eine „rational“ oder „reasonable“ handelnde Behörde sie nicht getroffen hätte, ist das ein Zirkelschluss.

Darüber hinaus fehlen objektive Kriterien. Auch wenn die von Lord Diplock gegebene Definition andeutet, dass dieser Klagegrund nur in Extremfällen anwendbar sei, besteht die Gefahr, dass der Erlass einer Entscheidung, die sich nur auf eine subjektiven Einschätzung stützt, letztlich ins Belieben des Gerichts gestellt wird.

Dem sollte möglicherweise der sogen. „sub-Wednesbury-test“ vorbeugen. Mit ihm wird versucht, dem Klagegrund zu präzisieren. Danach ist eine den Bürgen belastende Verwaltungsentscheidung dann unvernünftig, wenn kein öffentliches Interesse an der Einschränkung der Rechte besteht. Die bloße Vertretbarkeit oder Plausibilität reichen nicht aus⁵⁹.

Hierzu ist anzumerken, dass der unbestimmte Rechtsbegriff des „public interest“ der Behörde einen weiten Beurteilungsspielraum eröffnet. Zwar wird dieser im „sub-Wednesbury-test“ dadurch eingeschränkt, dass das Gericht die Annahme der Behörde nicht schon dann zu akzeptieren hat, wenn sie lediglich vertretbar oder plausibel ist. Offen bleibt jedoch, nach welchen Kriterien sich die Behörde bei der Annahme eines öffent-

56 „It applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.“

57 Zitiert nach Kleve/Schirmer (2007): Fn 651

58 Kleve/Schirmer (2007): 155 f.

59 Kleve/Schirmer (2007): 155

lichen Interesses orientieren kann. Da es sich um die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs handelt, kann das Gericht seine Überprüfung wiederum nur am Maßstab der „irrationality“ vornehmen. Auch mit dem „sub-Wednesbury-test“ dürfte letztlich nichts gewonnen sein.

Daraus folgt nicht, dass derartige Extremfälle gerichtlich nicht überprüft werden könnten. Sie dürften stets als ein „misuse of power“ zu werten sein und somit unter den Klagegrund der „illegality“ fallen (dazu S. 124).

3.3 Procedural impropriety (Verfahrensfehler)

Dieser Klagegrund betrifft Verfahrensfehler, die entweder aus verfahrensrechtlichen Grundsätzen des Common law oder aus einschlägigen gesetzlichen Verfahrensvorschriften resultieren⁶⁰.

Wird ein Verstoß gegen spezialgesetzliche Verfahrensvorschriften gerügt, ist zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden, den „mandatory requirements“, die zwingende, also einzuhaltende Verfahrensregelungen sind, und den „directory requirements“, die nur empfehlenden Charakter haben⁶¹.

Die Verfahrensgrundsätze des Common law haben generell zum Ziel, ein faires Verfahren zu gewährleisten. Insoweit kommen insbesondere die Prinzipien der „natural justice“ zur Anwendung (dazu S. 87).

3.4 Proportionality (Verhältnismäßigkeit)

In der Entscheidung des House of Lords vom 22. 11. 1984 (siehe hierzu S. 122) hat Lord Diplock angedeutet, dass neben den drei „well-established heads“ (etablierten Klagegründe) weitere hinzukommen könnten. Beispielhaft hat er auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verwiesen, wie er im Verwaltungsrecht verschiedener Mitgliedstaaten anerkannt worden sei⁶². Eine Definition hat er nicht gegeben.

Es ist davon auszugehen, dass die Definition im englischen Recht der in kontinental-europäischen Rechtsordnungen entspricht. Dies dürfte

⁶⁰ Jansing (2013): 156

⁶¹ Schirmer (2007): 153

⁶² „That is not to say that further development on a case-by-case basis may not in course of time add further grounds. I have in mind particularly the possible adoption in the future of the principle of „proportionality“ which is recognised in the administrative law of several of our fellow members of the European Economic Community“

bis zum Brexit auf den Einfluss der Rspr. des EuGH und weiterhin des EuGHMR zurückzuführen sein, insbesondere seit mit Inkrafttreten des HRA 1998 die EMRK Bestandteil des nationalen Rechts geworden ist.

Allgemein wird die Definition akzeptiert, die Lord Clyde im Urteil des Judicial Committee of the Privy Council⁶³ vom 30.06.1998 gegeben hat⁶⁴. In dem Fall war zu entscheiden, ob eine Vorschrift des Beamtengesetzes des Staates Antigua und Barbuda gegen die dort verfassungsrechtlich garantierte Meinungs- und Versammlungsfreiheit verstieß; sie verbot Beamten, Informationen oder Meinungsäußerungen zu Fragen von nationaler oder internationaler politischer Brisanz zu veröffentlichen. In Anwendung jenes Gesetzes sollte ein Beamter diszipliniert werden, weil er an einer Demonstration teilgenommen hatte, in der sein Ministerium der Korruption beschuldigt worden war.

In dem Urteil nahm der Privy Council eine Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit vor. Nach Lord Clyde ist in einem solchen Fall zu prüfen, ob das Ziel des Gesetzgebers hinreichend wichtig ist, um die Einschränkung eines Grundrechts zu rechtfertigen, die Maßnahmen zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels in einem vernünftigen Zusammenhang mit diesem stehen und die zur Beeinträchtigung des Rechts oder der Freiheit eingesetzten Mittel nicht über das zur Erreichung des Ziels erforderliche Maß hinausgehen⁶⁵. Die ausdrückliche Bezugnahme auf ein Grundrecht erklärt sich aus dem zugrunde liegenden Sachverhalt. Sie gilt auch für gesetzliche Einschränkungen.

Jener Definition hat u. a. Lord Steyn im Urteil des House of Lords vom 23.05.2001 zugestimmt⁶⁶. Auch in der englischen Literatur wird diese Definition übernommen⁶⁷.

63 Zu den Kompetenzen und Aufgaben des Privy Council siehe S. 47

64 Judgement on 30 June 1998, *de Freitas v Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1999] 1 AC 69, para 25; <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897cf2c94e06b9e19b9fd>

65 „... whether: (i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental right; (ii) the measures designed to meet the legislative objective are rationally connected to it; and (iii) the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective.“

66 Judgement on 23 May 2001, *R v. Secretary of State for The Home Department, Ex Parte Daly*, para 27; <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-1.htm>

67 Vgl. z. B. Wade & Forsyth's (2023): 414 ff.; De Smith's (2020): 649 f Rn 11–083; wenn dort auf angeblich 4 Merkmale verwiesen wird, beruht das darauf, dass zwischen der

Im Ergebnis entspricht die Definition denen im deutschen und europäischen Recht. Im deutschen Recht wird eine einschränkende gesetzliche Regelung als verhältnismäßig angesehen, wenn der Gesetzgeber mit der Regelung ein legitimes Ziel verfolgt und sie zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist⁶⁸. „Legitim“ ist eine gesetzliche Regelung, wenn sie einer (verfassungskonformen) sachlich begründeten Zielsetzung dient; sie muss geeignet sein, dieses Ziel zu verwirklichen, und erforderlich sein, d. h. sie darf die/den Betroffene/n nicht übermäßig belasten (Wahl des geringsten Eingriffs)⁶⁹.

Dies entspricht dem Rechtsverständnis des EuGHMR. Im Urteil vom 29.07.1989⁷⁰ hat er angemerkt, dass die Beschränkungen ein legitimes Ziel verfolgen müssen und eine angemessene Verhältnismäßigkeit zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel bestehen müsse⁷¹.

Im EU-Recht gehört der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts⁷². Die Terminologie ist vergleichbar. Generell bestimmt Art 5 Abs. 4 EUV, dass nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Maßnahmen der EU inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele des Vertrages erforderliche Maß hinausgehen. Präzisere Definitionen finden sich im Sekundärrecht. Sie gehen auf eine ständige Rspr. des EuGH zurück⁷³.

So bestimmt z. B. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b Ziff. i der RL 2000/78/EG, dass die gesetzliche Regelung bzw. Maßnahme durch ein legitimes Ziel sachlich (objektiv) gerechtfertigt sein muss, das mit geeigneten und er-

gebotene Wahl des geringstmöglichen Eingriffs („less restrictive alternative“) und dem Merkmal „erforderlich“ („necessary“) differenziert; also verkannt wird, dass das Merkmal „erforderlich“ die gebotene Wahl des geringstmöglichen Eingriffs impliziert.

68 Vgl. u. a. BVerfG, Beschluss vom 19. Oktober 2022 – 1 BvL 3/21 –, BVerfGE 163, 254 ff., Rn 76

69 BSG, Vorlagebeschluss vom 30. März 2004 – B 4 RA 24/02 R, Rn 115

70 Judgement on 29 July 19989, 43/1997/827/1033, no 34 (Omar v. France); [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-58203%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58203%22]})

71 Französischer Text: « Elles doivent tendre à un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »; Englischer Text: „They < these limitations > must pursue a legitimate aim and there must be a reasonable proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved“

72 EuGH, Urt. v. 11.07.1989, C-265/87, EuGHE 1989, 02237, Rn 21 (Schräder)

73 Vgl. z. B. das zuvor zitierte Urteil des EuGH vom 11.07.1989

forderlichen Mitteln verfolgt wird. Wenn die deutsche Fassung des Art. 2 Abs. 2 a.a.O. angibt, dass Ungleichbehandlungen keine Diskriminierung darstellen, wenn – u. a. – die Mittel zur Erreichung des legitimen Ziels „angemessen und erforderlich“ sind, orientiert sie sich nicht an der üblichen Definition der Verhältnismäßigkeit. Noch irritierender wirkt es, wenn in der weiteren Definition in Art. 6 Abs. 1 a.a.O. das Merkmal „angemessen“ 2 x genannt wird. Zum einen wird angegeben, dass Ungleichbehandlungen keine Diskriminierung darstellen, wenn sie „objektiv und angemessen“ sind und zum anderen, dass – u. a. – die Mittel zur Erreichung des legitimen Ziels „angemessen und erforderlich“ sein müssen.

Die doppelte Nennung des Merkmals führt zu Auslegungsproblemen. Sie entfallen, wenn man anstelle von „angemessen“ das Merkmal „geeignet“ im Zusammenhang mit „erforderlich“ nennt. Damit besteht nicht nur Übereinstimmung mit den üblichen Definitionen, sondern diese Textfassung gebieten auch die englischen und französischen Fassungen. Sie verwenden die Ausdrücke „appropriate and necessary“ bzw. « approprié et nécessaire » im Rahmen der Mittel-Ziel-Relation. Natürlich könnte man die Ausdrücke mit „angemessen“ übersetzen. Der Text des Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG zeigt jedoch, dass sie hier mit „geeignet“ zu übersetzen sind. Der Text verwendet einerseits die Ausdrücke „reasonable“ bzw. « raisonnablement », wenn er betont, dass das Ziel objektiv gerechtfertigt sein muss. Dagegen verwendet er im Rahmen der Mittel-Ziel-Relation die Ausdrücke „appropriate“ bzw. « approprié ». Aus der Gegenüberstellung der Begriffe ergibt sich, dass „reasonable“ bzw. « raisonnablement » in diesem Zusammenhang mit „angemessen“ und „appropriate“ bzw. « approprié » mit „geeignet“ zu übersetzen sind⁷⁴.

Wenn die englische Definition des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch nicht von den Definitionen in anderen Rechtsordnungen abweicht, besagt dies noch nicht, ob er als Klagegrund im JR genutzt werden kann. Unproblematisch dürfte dies während der Mitgliedschaft des UK in der EU gewesen sei. Aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts folgte, dass der Grundsatz bei Sachverhalten mit gemeinschaftsrechtlichen Bezug von Gerichten des UK zu beachten war⁷⁵. Seit Inkrafttreten des HRA 1998 dürfte dies für gerügte Verletzungen von EMRK-Rechten gelten. Das ergibt sich daraus, dass die nationalen Gerichte bei gerügten Verletzungen

74 Husmann (2021): Anm. 1

75 Schirmer (2007): 258

von Konventionsrechten die Rspr. des EuGHMR zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten haben (s 2 < 1 > < a > HRA 1998).

Fraglich ist, ob sich bei geltend gemachten Verletzungen von UK-Recht der/die Beschwerdeführer/in auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Klagegrund im JR berufen kann. Die Frage wird nicht durch das oben zitierte Urteil des Privy Council vom 30.06.1998 beantwortet. Dies folgt nicht nur daraus, dass dessen Entscheidungen Gerichte des UK nicht binden. In jener Entscheidung hatte sich der Privy Council mit dem Recht von Antigua und Barbuda befasst, sodass keine Aussage über die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im UK-Recht gemacht wurde. So ist innerhalb des UK letztlich nur die Lord Clyde gegebene Definition bedeutsam. Lord Steyn hat – wie oben angegeben – der Definition zugestimmt, musste sich aber mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur beschäftigen, weil die Verletzung eines in der EMRK garantierten Rechts gerügt worden war. Wiederum können hieraus keine Rückschlüsse auf eine Anwendbarkeit des Grundsatzes als Klagegrund im JR bei gerügter Verletzung von UK-Recht gezogen werden.

Bislang wurde nur in wenigen Gerichtsentscheidungen, die sich generell mit Verletzungen des UK-Rechts zu befassen hatten, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angewandt⁷⁶. Eine abschließende Entscheidung des Supreme Court ist noch nicht ergangen⁷⁷.

4. Gerichtlicher Ermessensspielraum

Auch wenn der Antrag statthaft und zulässig ist, die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind und keine Verweigerungsgründe bestehen, wird dem Gericht ein Ermessensspielraum eingeräumt. Das ist nicht unproblematisch. Bei rechtswidrigem Handeln einer Behörde oder eines Gerichts sollte stets eine Abhilfemöglichkeit bestehen. Ein gerichtlicher Ermessensspielraum könnte im Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip stehen⁷⁸. Somit stellt sich die Frage, welcher Spielraum dem Gericht verbleibt, wenn alle Voraussetzungen für eine Gewährung erfüllt sind.

⁷⁶ Schirmer (2007): 260 f.

⁷⁷ Garner's (2005): 280 f.

⁷⁸ Wade & Forsyth's (2014): 570: „Such discretionary power may make inroads upon the rule of law, ...“

Konkret werden Vorgaben für den verbliebenen Ermessensspielraum nur teilweise gesetzlich angeordnet⁷⁹. So bestimmt s 31 (2) SCA 1981, dass dem Gericht bei einer Feststellungsklage oder einstweiligen Anordnung, die im Rahmen des JR begehrt werden, ein Ermessen eingeräumt wird („A declaration may be made or an injunction granted under this subsection in any case where an application for judicial review, seeking that relief, has been made ...“). Das belegt das Modalverb „may“. JR kann in diesen Fällen gewährt werden, wenn die Gewährung nach Ansicht des Gerichts gerecht und zweckdienlich ist („it would be just and convenient“). Zugleich werden weitere Kriterien benannt, die bei der Ermessenentscheidung zu beachten sind, nämlich die Art des Sachverhaltes („the nature of the matters“), die Natur der Person und der betroffenen Einrichtungen („the nature of the persons and bodies“) und alle Umstände des Falles („all the circumstances of the case“).

Weitere Regelungen zum gerichtlichen Ermessen lassen sich aus s 31 (6) SCA 1981 herleiten. Die Vorschrift bezieht sich zwar nur auf den Fall, dass der Antrag verspätet eingereicht wurde, enthält aber zugleich wichtige Aussagen zur Reichweite des gerichtlichen Ermessens⁸⁰. Verallgemeinernd ist festzustellen, dass das Gericht keine positive Entscheidung treffen sollte, wenn festzustellen ist, dass eine Ablehnung wahrscheinlich einen Härtefall für eine (andere) Person begründen oder sich nachteilig auf deren Rechtsposition auswirken oder einer guten Verwaltung abträglich wäre⁸¹. Darüber hinaus sind die zuvor genannten Kriterien, die das Gesetz bei der Entscheidung über die beiden genannten Rechtsbehelfen vorgibt, typische Aspekte, die generell bei Ermessenentscheidungen zu berücksichtigen sind.

5. Rechtsfolgen eines Verstoßes

Bejaht das Gericht eine Verletzung des einschlägigen materiellen Rechts (Klagegründe der „illegality“ und „irrationality“) ist die angegriffen Ent-

⁷⁹ Vgl. zum Folgenden: Schirmer (2007): 321

⁸⁰ Hierzu Schirmer (2007): 322

⁸¹ „... the court may refuse to grant (a) leave for the making of the application; or (b) any relief sought on the application, if it considers that the granting of the relief sought would be likely to cause substantial hardship to, or substantially prejudice the rights of, any person or would be detrimental to good administration“.

scheidung nichtig. Beim Erlass einer „quashing order“ (dazu S. 215) wird die Entscheidung rückwirkend aufgehoben. Dem Vorschlag, zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse die Entscheidung nur für die Zukunft aufzuheben, sind die Gerichte bislang nicht gefolgt⁸².

Wird die Verletzung von spezialgesetzlichen Verfahrensregeln gerügt und festgestellt, führt die Nichtbeachtung von „mandatory requirements“ zur Ungültigkeit der angefochtenen Entscheidung. Dies gilt grundsätzlich auch für die Verletzung von Verfahrensgrundsätzen des Common law⁸³.

G. Ausschlussklauseln („Ouster clauses“)

Wird ein JR per Gesetz ausgeschlossen (durch sogen. „ouster clauses“), tangiert die Regelung das Rechtsstaatsprinzip („rule of law“, dazu S. 26 f.). Andererseits besagt das im UK bestehende Prinzip der parlamentarischen Souveränität („parliamentary sovereignty“, dazu S. 26), dass die Gesetzgebungskompetenz des Parlaments nicht eingeschränkt ist.

Nun ist es unstreitig mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar, wenn die Berufung gegen eine erstinstanzliche Entscheidung nicht statthaft ist oder ihre Zulassung in einem besonderen Verfahren beantragt werden muss. Auch das deutsche Recht kennt einen derartigen Ausschluss und ein Zulassungsverfahren (vgl. z. B. § 144 SGG oder § 124 VwGO). Strittig ist im englischen Recht, ob eine „ouster clause“ generell die Anwendung des JR ausschließen kann.

Die englische Gerichte haben in zahlreichen Urteilen versucht, eine Lösung zu finden, die sich mit den beiden genannten Verfassungsprinzipien vereinbaren lässt und sie nicht daran hindert, auch bei Bestehen einer „ouster clause“ Entscheidungen der Verwaltung oder unterer Gerichte im Rahmen eines JR zu überprüfen. Im Folgenden kann nur auf sogen. „Leitentscheidungen“ eingegangen werden und auf einige weitere Entscheidungen, welche bemüht waren, die höchstrichterlich vorgegebenen Prinzipien umzusetzen.

82 Schirmer (2007): 155

83 Schirmer (2007): 154

I. Anisminic-Urteil des House of Lords

In jenem Verfahren hatte ein britischer Bürger Entschädigungsansprüche wegen des Verlustes seines Eigentums in Ägypten während bzw. nach der Suez-Krise 1956 geltend gemacht. Über die Ansprüche entschied ein besonderes Gericht, die „Foreign Compensation Commission“ (im Folgenden abgekürzt mit „FCC“). Ihre Errichtung war im „Foreign Compensation Act“ 1950⁸⁴ (im Folgenden „FCA 1950“) angeordnet worden. Die Entscheidungen der FCC waren bindend. Die Ausschlussklausel des s 4 < 4 > FCA 1950 lautete:

„The determination by the Commission of any application made to them under this Act shall not be called in question in any court of law.“

Nachdem die FCC den Antrag des Klägers abgelehnt hatte, beantragte er eine rechtliche Überprüfung der Entscheidung mittels eines JR. Anders als der High Court hat das House of Lords dies im Anisminic-Urteil vom 17. 12. 1968⁸⁵ nicht ausgeschlossen.

Wie oben dargelegt (S 122), wurde in jenem Urteil die Unterscheidung zwischen „jurisdictional error“, der vom Gericht überprüfbar ist, und einem „error of law without jurisdiction“ aufgegeben. In jenem Urteil ging das Gericht einstimmig davon aus, dass eine „ouster clause“ nicht die Überprüfung von Entscheidungen ausschließe, die nicht durch eine gesetzliche Kompetenzzuweisung gedeckt seien. Dies gebiete schon die ultra-vires-Doktrin (dazu S. 121). Solche Entscheidungen seien nichtig. Nichtig und damit nicht existente Entscheidungen könnten nicht von der Ausschlussklausel betroffen sein. Denn der Gesetzgeber müsse davon ausgegangen sein, dass nur gültige Entscheidungen unter die Klausel fallen könnten.

Mehrheitlich (3 : 2) befand das Gericht darüber hinaus, dass die missbräuchliche (fehlerhafte) Anwendung einer Bestimmung eine Überschreitung der Zuständigkeit sei, und ebenfalls nichtig sei. Lord Reed vertrat die Ansicht (para 15 im Anisminic-Urteil), dass dies u. a. der Fall sei, wenn

84 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14/12>

85 Judgement of the House of Lords of 17th December 1968, *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1968] APPL.R. 12/17, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationOlderReports/Anisminic%201968.pdf>

- das Gericht bösgläubig entschieden habe („... may have given its decision in bad faith“),
- nicht befugt war („... had no power to make“),
- die Regeln der „natural justice“ (dazu S. 87) verletzt habe („... may have failed ... to comply with the requirements of natural justice“),
- die Vorschrift falsch ausgelegt habe („... may have misconstrued the provision“),
- über eine Frage entschieden habe, die ihm nicht vorgelegt wurde („... had decided some question which was not remitted to it“),
- einen wesentlichen Aspekt nicht berücksichtigt habe („... may have refused to take into account something which it was required to take into account“)
- oder seine Entscheidung auf irrelevante Erwägungen gestützt habe („... may have based its decision on some matter which, ..., it had no right to take into account“).

In all diesen Fällen sei die Entscheidung nichtig, sodass eine „ouster clause“ den JR nicht ausschließe. Das bedeutete letztlich, dass eine fehlerhafte Anwendung des relevanten Rechts keine Entscheidung i.S.d. Ausschlussklausel sei.

Die beispielhafte Aufzählung jener Gründe zeigt, dass Lord Reed letztlich davon ausgegangen ist, dass jede Entscheidung, die rechtsfehlerhaft sei, mit dem JR angefochten werden könne. Dieser Auffassung schloss sich im Anisminic-Urteil Lord Pearce an und betonte, dass die Courts in solchen Fällen einschreiten und den Rechtsfehler korrigieren müssten (para 80 f. a.a.O.). Lord Wilberforce hat seinen beiden Kollegen zugestimmt (para 133 ff, insbes. auch para 143 und 153 a.a.O.). Dagegen waren Lord Morris (paras 35, 40–42, 74 f. a.a.O.) und Lord Pearson anderer Auffassung (so insbes. in para 155 und 179 a.a.O.).

II. *Cart-Urteil des Supreme Court*

Das Anisminic-Urteil bestimmte lange Zeit als Leitentscheidung („leading case“) die englische Rspr. Auf die zahlreichen Entscheidungen kann hier nicht eingegangen werden. Insoweit wird lediglich angemerkt, dass der Court of Appeal⁸⁶ im Jahr 2002 auf einen weiteren Aspekt hingewiesen

⁸⁶ Judgement of 28/11/2002 R (on the application of Sivasubramaniam) v Wandsworth County [2002] EWCA Civ 1738 (para 44)

hat. Danach schließe eine „ouster clause“ einen JR nur dann aus, wenn dies im Gesetztext klar und unmissverständlich zum Ausdruck komme („... is never taken away by any statute except by the most clear and explicit words“).

Im „Cart-Urteil“ vom 22.06.2011⁸⁷ hat der Supreme Court die Anisminic-Rspr. weiterentwickelt. Die Entscheidung betraf die Frage, ob ein JR zum High Court statthaft sei, wenn in sozialen Streitigkeiten das Upper Tribunals (UT) einen „appeal“ gegen das erstinstanzliche Urteil eines FtT nicht zugelassen habe.

Grundsätzlich ist die Berufung gegen eine Entscheidung des FtT statthaft, es sei denn, sie wird gesetzlich ausdrücklich ausgeschlossen. Eröffnet wird eine uneingeschränkte rechtliche Überprüfung (s 11 < 1 > of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 <TCEA 2007 >⁸⁸). Allerdings muss das Rechtsmittel entweder vom FtT oder UT zugelassen worden sein (s 11 < 4 > a.a.O.). Die Zulassungsentscheidung des UT ist bindend, kann also nicht mit einem Rechtsmittel zum Court of Appeal angefochten werden (s 13 < 8 > <c > a.a.O.). Deshalb beantragte der Kläger in der Cart-Sache, den JR zuzulassen. Diesen Antrag lehnten der High Court und der Court of Appeal ab. Im o.a. Urteil musste sich der Supreme Court erneut mit der Statthaftigkeit einer Ausschlussklausel auseinandersetzen.

Zunächst hat Lady Hale (para 37) darauf hingewiesen, dass ein klarer Wortlaut der „ouster clause“ erforderlich sei, um einen JR auszuschließen (entspricht der Rspr des Court of Appeal in der o.a. Sache Sivasubramaniam). Hierzu finde sich kein Anhaltspunkt im TCEA 2007. Ferner hat sie betont, dass nicht auf die Rechtslage vor dem Anisminic-Urteil zurückgegangen werden solle (paras 39f.). Allerdings müsse vermieden werden, dass eine uneingeschränkte Überprüfung von Rechtsfehlern mit dem JR erfolgen könne. Deshalb empfahl sie, bei Zulassung eines JR die Kriterien zu nutzen, die erfüllt sein müssen, damit der Court of Appeal einen „appeal“ gegen Urteile des UT zulassen müsse (para 52).

Ihrer Rechtsauffassung haben Lord Phillips (paras 61, 94f), Lord Hope and Lord Rodger (para 96), Lord Brown (paras 97, 101), Lord Clarke

87 Judgement of 22/06/2011, R (on the application of Cart) v Upper Tribunal [2011] UKSC 28)

88 „... the reference to a right of appeal is to a right to appeal to the Upper Tribunal on any point of law arising from a decision made by the First-tier Tribunal other than an excluded decision.“

(paras 102, 107) und Lord Dyson (paras 108, 110, 128, 132, 134) im Wesentlichen zugestimmt.

Damit sind die sog. „second-tier appeals criteria“ zugrunde zu legen, wie sie in s 13 (6) TCEA 2007 geregelt sind. Bei einem solchen „second-tier appeals test“ hat sich die gerichtliche Entscheidung daran zu orientieren, ob

- der vorgeschlagene Rechtsbehelf einen wichtigen Grundsatz oder eine wichtige Praxisfrage zum Gegenstand haben könnte („that the proposed appeal would raise some important point of principle or practice“) oder
- es einen anderen zwingenden Grund für das Berufungsgericht gibt, den JR zuzulassen („that there is some other compelling reason for the relevant appellate court to hear the appeal“).

III. *Privacy International-Urteil des Supreme Court*

Im Urteil vom 15.05.2019 musste sich der Supreme Court⁸⁹ mit einer Ausschlussklausel in der „Regulation of Investigatory Powers Act 2000“ (RIPA 2000) befassen. Im Anwendungsbereich dieses Gesetzes entschied ein besonderes Gericht, das „Investigatory Powers Tribunal“ (IPT), über Streitfälle. Seine Entscheidungen waren bindend. Die „ouster clause“ des s 68 (8) RIPA 2000 lautete:

„Except to such extent as the Secretary of State may by order otherwise provide, determinations, awards, orders and other decisions of the Tribunal (including decisions as to whether they have jurisdiction) shall not be subject to appeal or be liable to be questioned in any court.“

Von seiner Regelungskompetenz hat der Secretary of State keinen Gebrauch gemacht. Im o.a. Urteil hat sich der Supreme Court mit zwei Fragen auseinandergesetzt, nämlich

- ob s 68 (8) RIPA 2000 eine Überprüfung des High Court ausschließe mit dem Ziel, das Urteil des IPT wegen eines Rechtsfehlers aufzuheben („whether section 67(8) of RIPA 2000 „ousts“ the supervisory jurisdic-

89 Judgement of 15/05(2019), R (on the application of Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal and others [2019] UKSC 22

tion of the High Court to quash a judgment of the Investigatory Powers Tribunal for error of law?“)

und

- ob und falls ja das Parlament in Einklang mit welchen Prinzipien gesetzlich die Kompetenz des High Court ausschließen oder begrenzen könne, eine Entscheidung eines unteren Gerichts oder Tribunals aufzuheben, („... whether, and, if so, in accordance with what principles, Parliament may by statute „oust“ the supervisory jurisdiction of the High Court to quash the decision of an inferior court or tribunal of limited statutory jurisdiction?“)

Die Mehrheit der Richter hat an der Rspr im *Anisminic*- und *Cart*-Urteil festgehalten. Lord Carnwath (para 2) wies darauf hin, dass die relevante Ausschlussklausel mit derjenigen im *Anisminic*-Fall vergleichbar sei. Eine Entscheidung, die mit einem Rechtsfehler belastet sei, werde nicht von einer Ausschlussklausel erfasst. Lord Carnwath erinnert daran, dass der JR nur ausgeschlossen sei, wenn dies im Text klar und unmissverständlich zum Ausdruck komme (para 111: „Judicial review can only be excluded by „the most clear and explicit words“). Der Gesetzeswortlaut rechtfertigt nicht die Annahme, das Parlament habe auch bei rechtswidrigen Entscheidungen den JR ausschließen wollen (para 105: „A determination vitiated by any error of law, jurisdictional or not, was to be treated as no determination at all. ... the reference to such a determination was to be read as a reference only to a legally valid determination.“). Selbst wenn der Wortlaut darauf hindeute, dass ein umfassender Ausschluss beabsichtigt sei, lasse sich aus der üblichen/gewöhnlichen Bedeutung des Wortlauts nicht folgern, dass auch Fälle einer unwirksamen Entscheidung erfasst werden sollten (para 107: „... that the „plain words“ ... were apt to exclude any form of challenge in the courts; but this ordinary meaning had to yield to the principle that such a clause will not protect a „nullity“ and that there are „no degrees of nullity“). Somit sei festzustellen, dass eine „ouster clause“ nicht alle Feststellungen, Sprüche oder sonstigen Entscheidungen, unabhängig von ihrem Status betreffe, sondern nur solche, die im Einklang mit dem Gesetz stünden (para 109. „the exclusion applies, not to all determinations, awards or other decisions whatever their status, but only to those which are „legally valid“ in that sense.“).

Lady Hale und Lord Kerr haben den Rechtsausführungen zugestimmt. Auch Lord Lloyd-Jones hat sich angeschlossen, allerdings eine eigene Begründung gegeben (paras 146 et seqq). Anderer Auffassung wa-

ren Lord Sumption (paras 169 et seqq) und Lord Wilson (paras 213 et seqq). Lord Reed hat sich der Auffassung von Lord Sumption angeschlossen.

In einem obiter dictum hat sich Lord Carnwath (paras 113 et seqq) auch mit der oben benannten zweiten Frage beschäftigt, nämlich, ob das Parlament nicht gehindert sei, einen JR für Gerichte verbindlich auszusprechen. Wie der „Konflikt“ zwischen Rechtsstaatsprinzip („rule of law“, dazu S. 26) und Parlamentsouveränität (Sovereignty of Parliament, dazu S. 26) zu lösen sei, wurde nicht eindeutig beantwortet. Jedoch gab Lord Carnwath zu erkennen, dass viel dafür spreche, dass eine solche Bindung der Gerichte mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar sei. Er hat dies abschließend wie folgt formuliert: „In conclusion on the second issue, although it is not necessary to decide the point, I see a strong case for holding that, consistently with the rule of law, binding effect cannot be given to a clause which purports wholly to exclude the supervisory jurisdiction of the High Court to review a decision of an inferior court or tribunal, whether for excess or abuse of jurisdiction, or error of law.“ (para 144).

IV. Reform 2022

Da der Regierung des UK die Prinzipien zum JR, die der Supreme Court im Cart-Urteil entwickelt hatte, zu weit gingen, versuchte sie, den JR durch eine Gesetzesänderung weiter einzuschränken. S 2 of the „Judicial Review and Courts Act 2022“⁹⁰ fügte einen neuen s 11A in den TCEA 2007 ein. Unter der Überschrift „Finality of decisions by Upper Tribunal about permission to appeal“ („Endgültigkeit von Entscheidungen des UT über die Zulassung von Rechtsmitteln“) bestimmte die Vorschrift, dass

- die Entscheidung endgültig sei und vor keinem anderen Gericht angefochten oder aufgehoben werden könne (subs 2: „The decision is final, and not liable to be questioned or set aside in any other court.“);
- nicht davon auszugehen sei, dass das UT seine Befugnisse überschritten habe, wenn eine Entscheidung mit irgendeinem Fehler behaftet sei (subs 3 < a >: „the Upper Tribunal is not to be regarded as having exceeded its powers by reason of any error made in reaching the decision“);

90 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/35/part/1>

- die gerichtliche Prüfkompetenz sich nicht auf den JR erstrecke und ein entsprechender Antrag oder eine Petition nicht gestellt werden könne (subs 3 < b >: „the supervisory jurisdiction does not extend to, and no application or petition for judicial review may be made or brought in relation to, the decision“).

Gem. s 11A (4) TCEA 2007 greift der Ausschluss nicht, wenn die Entscheidung Anlass gibt zu einer der folgenden Fragen gibt, („... do not apply so far as the decision involves or gives rise to any question as to whether ...“), nämlich ob

- ein rechtlich wirksamer Antrag auf Zulassung der Berufung beim UT gestellt worden sei (subs 4 < a >: „the Upper Tribunal has or had a valid application before it under section 11(4)(b)“);
- das UT für die Behandlung des Antrags ordnungsgemäß besetzt gewesen sei (subs 4 < b >: „the Upper Tribunal is or was properly constituted for the purpose of dealing with the application“);
- das UT bösgläubig handelt oder gehandelt hat (subs 4 < c > < i >: „the Upper Tribunal is acting or has acted in bad faith“);
- in einer verfahrensmäßig so mangelhaften Weise gehandelt hat, dass ein grundlegender Verstoß gegen die Grundsätze der natürlichen Gerechtigkeit vorliegt (subs 4 < c > < ii >: „in such a procedurally defective way as amounts to a fundamental breach of the principles of natural justice“).

Der Wortlaut der neuen Regelung ordnet klar und unmissverständlich an, dass jegliche Entscheidung des UT über die Berufungszulassung nicht mit einem JR überprüfbar sei, abgesehen von den im Gesetz ausdrücklich genannten Ausnahmen. Demzufolge wäre entgegen der Rspr. in den Anisminic-, Cart- und Privacy International-Urteilen ein JR gegen rechtswidrige Entscheidungen weitgehend ausgeschlossen. Denn die Ausnahmeregeln umfassen nur teilweise die Fälle, in denen Lord Reed im Anisminic-Urteil von einer relevanten Rechtsverletzung ausgegangen ist (dazu oben S. 134), nämlich Bösgläubigkeit und Verletzung der Verfahrensregeln, die sich aus natural justice herleiten. Die Reform hat zwei dort nicht genannte Ausnahmen eingefügt, nämlich den Fall eines rechtlich unwirksamen Antrags und die fehlerhafte Besetzung des Gerichts, wobei nicht weiter zu erörtern ist, ob diese Fälle auch von der bisherigen Rspr. erfasst worden sind.

Festzustellen ist, dass die Gesetzesänderung die Statthaftigkeit des JR bei endgültigen Entscheidungen des UT über die Zulassung der Beru-

fung stark eingeschränkt hat. Mit der Reform haben sich bereits der High Court, der Court of Appeal und der Supreme Court befasst. In allen drei Entscheidungen kamen die Richter zum Ergebnis, dass die Einschränkung für die Gerichte verbindlich sei.

Der High Court Urteil ist im Urteil vom 4.04.2023⁹¹ davon ausgegangen, dass Gerichte an die Entscheidung des Parlaments gebunden seien, wenn der Gesetzeswortlaut wie in s 11A TCEA 2007 eindeutig sei. Justice Sani hat es in para 52 wie folgt formuliert: „The most fundamental rule of our constitutional law is that the Crown in Parliament is sovereign and that legislation enacted by the Crown with the consent of both Houses of Parliament is supreme. The common law supervisory jurisdiction of the High Court enjoys no immunity from these principles when clear legislative language is used, and Parliament has expressly confronted the issue of exclusion of judicial review, as was the case with section 11A. In short, there is no superior form of law than primary legislation, save only where Parliament has itself made provision to allow that to happen.“

Da der High Court zum Ergebnis gelangte, dass keiner der in s 11A TCEA 2007 Ausnahmen vorlag, hatte der Antrag auf Zulassung des JR keinen Erfolg. Die Entscheidung wurde nicht angefochten.

Auch der Court of Appeal hat sich in einem anderen Fall mit den Auswirkungen der Reform auseinandergesetzt. Im Urteil vom 16. 11. 2023⁹² vertrat er die Auffassung, dass die Gesetzesänderung von den Gerichten zu respektieren sei. Das wurde u. a. wie folgt begründet (paras 31 et seqq): Der Wortlaut des s 11A TCEA 2007 sei klar. Danach werde der JR nicht völlig ausgeschlossen, sondern die Kompetenz des High Court reduziert. Der „second appeals test“, wie er im Cart-Urteil entwickelt worden sei (dazu oben S. 136), sei nicht mehr anwendbar. Da kein gesetzlicher Ausnahmefall vorlag, wurde der Antrag abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung hatte der Kläger den Supreme Court angerufen. Er entschied unter Bezugnahme auf s 11A TCEA 2007, dass das Gericht für die Entscheidung über den Antrag nicht zuständig sei (para 7: „It follows that the court has no jurisdiction to entertain the proposed appeal,

91 Judgement of 4/04/2023, R (Oceana) v Upper Tribunal [2023] EWHC 791 (Admin), Case No: CO/3812/2022, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2023/791.html>

92 Judgement of 16/11/2023, R (LA (Albania)) v Upper Tribunal [2023] EWCA Civ 1337, Case No: CO/1307/2023, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2023/1337.html>

by virtue of section 11A of the 2007 Act“). Zugleich verwies der Supreme Court auf s 40 (6) of the Constitutional Reform Act 2005. Danach sei zu beachten, dass seine Zuständigkeit entfalle, wenn eine Rechtsvorschrift das Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Court of Appeal einschränke („Section 40< 6 > of the Constitutional Reform Act 2005 provides that the jurisdiction of the court is subject to any provision in another enactment which restricts appeals to the court from the Court of Appeal“).

Seit Inkrafttreten des s 11A TCEA 2007 ist davon auszugehen, dass sich die Statthaftigkeit des JR nach dieser Vorschrift bestimmt. Allerdings ist nochmals darauf hinzuweisen, dass sich der sachliche Anwendungsbereich auf Fälle beschränkt, in denen das UT über die Zulassung der Berufung gegen eine Entscheidung des FtT entschieden hat. Das bedeutet, dass bei anderen „ouster clauses“ weiterhin die Rspr. in den *Anisminic*-, *Cart*- und *Privacy International*-Urteilen zu beachten ist. Allerdings lässt sich aus den o.a. Urteilen zu s 11A TCEA 2007 folgern, dass der Gesetzgeber nicht gehindert wäre, vergleichbare Regeln (Ausschlussklauseln mit Ausnahmeregelungen) auch in anderen Fällen einzuführen.

