

Oliver Lepsius

### **Verwaltungsrecht unter dem Common Law**

Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal

Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1997, 352 S., DM 118,--

Die Rechtsfortbildung hin zu einem selbständigeren Verwaltungsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika hat sich allmählich aus dem *Common Law* heraus vollzogen. Dies geschah im Vollzug erster sozialer Gesetzgebung, etwa zur Arbeitszeitverkürzung, sowie bei der Verwirklichung großer investiver Vorhaben, so des Eisenbahnbaus, aber auch in ersten Phasen der Sicherstellung eines freien, gliedstaatliche Grenzen überschreitenden Handels und eines bundesweiten Kartellrechts. Zuvor hatten sich dagegen verwaltungsrechtlich relevante Aussagen nur machen lassen aus einer Verknüpfung von privatrechtlicheren Kategorien – wie der Vertragsfreiheit als Teil des verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsraumes und mithin auch Anforderungen an das Verfahren im Sinne eines *economic due process*. Das Gegenmodell einer Konstruktion des Verwaltungsrechts aus der *police power* und damit eine Erfassung von Gefahren und Risiken der Allgemeinheit vorab hatte sich nur akademisch etabliert, vor allem bei Ernst Freund.

Ernst Freund erfährt daher eine besondere Würdigung durch Lepsius, denn dieser 1864 in New York geborene, aber aus Deutschland stammende Gelehrte, der in Heidelberg und Berlin studiert sowie 1884 am erstgenannten Ort mit einer Promotion – damals ohne schriftliche Leistung – *cum laude* abgeschlossen hatte, besaß ein besonderes Interesse für Staats- und Verwaltungsrecht. Er war später an der Columbia Universität in New York tätig, wo er verwaltungsrechtliche Fragestellungen, die noch nicht Eingang in die juristische Ausbildung gefunden hatten, im Rahmen der politischen Wissenschaft lehrte. Später wurde er, nachdem er 1896 mit einer Abhandlung den amerikanischen juristischen Doktorgrad in New York erworben hatte, an die Law School an der Universität Chicago berufen, erhielt einen hervorgehobenen Lehrstuhl und starb 1932. Sein Nachfolger in Sachen Rechtsvergleichung und Interdisziplinarität war Max Rheinstein, der 1935 nach Chicago kam. Freund ist durch zahlreiche amerikanische Veröffentlichungen hervorgetreten und berichtete 1914 und 1922 zur amerikanischen Entwicklung auch im Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Ihm widmet Lepsius also nicht zu Unrecht eine biographische Notiz (S. 10 ff.), da er eine allmähliche Herauslösung des Verwaltungsrechts aus dem *Common Law* denkbar werden ließ und daher in der angezeigten Schrift wie in dem rechtsgeschichtlichen Abschnitt der Entwicklung des amerikanischen Verwaltungsrechts, den die Arbeit zum Gegenstand hat, immer wieder eine Rolle spielt.

Die Besonderheiten der betreffenden Rechtsstruktur in den USA erklären sich aus dem kompetenz-, verfahrens- und grundrechtsorientierten Ausgangspunkt des Verwaltungsrechts. Er führt – zieht der Bund eine Aufgabe von nationalem Interesse an sich – zu Fragestellungen nach den Grenzen seiner Tätigkeit nicht aus der Sicht des etwa sozialpolitisch durch die Maßnahmen begünstigten, sondern aus der des beeinträchtigten Bürgers und Unternehmers. Maßstab für die Aufgabe wird so ein vorgängiges Freiheitsverständnis.

Damit gerät die Aufgabenerfüllung gegenüber dieser vom *Common Law* unterfütterten Freiheitsorientierung zunächst und von vornherein in eine Defensive, die viele öffentliche sozialgestalterische Aspekte verkürzt.

Im Gang der Untersuchung geht es zunächst um verfassungsrechtliche und begriffliche Grundlagen, dann um das *Common-Law*-Denken und *Laissez-Faire*-Wirtschaftsideologie am Beispiel der Arbeitszeitgesetze (S. 37 ff.), darauf um die neuen *independent regulatory commissions* (S. 68 ff.), die amerikanische Verwaltungsgesetzgebung (S. 128 ff. und die Entscheidungsspielräume amerikanischer Verwaltungsbehörden (S. 164 ff.), sodann um Gesetzesvorbehalt und Rechtsstaatsverständnis in den USA (S. 207 ff.), um das Studium des Verwaltungsrechts und die Fallmethode (S. 217 ff.) sowie alsdann um die Entstehung der Verwaltungsrechtswissenschaft (S. 259 ff.). Zudem schließt eine sehr knappe, aber außerordentlich informative Zusammenfassung zum Einfluß des *Common Law* den Band (S. 296 ff.) ab. Die Verwaltungsrechtswissenschaft wird von Freund über Frank Goodnow bis hin zu Felix Frankfurter in seiner Zeit vor dem Richteramt am Supreme Court auf die Ära des *New Deal*, also zuvor an der Harvard Law School, dargestellt. Auch ein Ausblick in die gegenwärtige Szene kommt hinzu (S. 290 ff.), und in der Zusammenfassung (S. 307 ff.) läßt Lepsius offen, ob das Verwaltungsrecht nicht doch immer noch im *Common Law* verfangen ist. Diese Übersicht zeigt alle wichtigen Stationen der Rechtsentwicklung, die für ein besseres Verständnis der an den Ermächtigungsgrundlagen orientierten Einrichtung selbständiger Agenturen zur Erfüllung bestimmter Aufgaben erforderlich ist. Dort gelten kraft des amerikanischen Präsidialsystems dann weder die Ministerverantwortlichkeit noch der materielle Gesetzesvorbehalt und eine Ermessenslehre in gleicher Weise wie hier auf dem europäischen Kontinent. Final gesteuert wird unter Vorgaben eines schon nach *Common Law* tragbaren Verfahrens – daher die unabhängigen Verwaltungsbeamten, die wie Richter fungieren – die Aufgabe in eigener Ausgestaltung erledigt, immer begrenzt aus der Gegenmacht der enumerativen und darüber hinaus begrenzten Zuständigkeiten des Bundes sowie der Grundrechte als negativen Kompetenzregeln gegenüber der Bundesverwaltung. Zudem steht die Verwaltung vor allem im Fadenkreuz zwischen einer Verantwortung gegenüber dem Präsidenten und im Rechtsfall vor den Gerichten, während die Legislativen oft empirisch orientierte Kontrollfunktionen übernehmen. Das muß zu anderen Strukturen führen als im herkömmlichen kontinental-europäischen Modell. Letzteres stellt die materielle Gesetzesbindung in den Vordergrund, läßt das Verfahren zurücktreten und führt die Ermessensspielräume eng und ausgestaltet; dadurch fängt es die – kraft der jedenfalls historisch nicht föderativ gespaltenen Zuständigkeit – exekutivisch-monarchisch oder demokratisch-repräsentativ fundierten quasi unbegrenzten Aufgaben und Tätigkeiten infolge umfassender Polizeigewalt im klassischen Sinne ein. Dabei hilft zwar auch eine Verengung des Polizeibegriffs aus europäischen rechtsstaatlichen Vorstellungen. Aber an erster Stelle soll das eine stete materielle Gesetzesbindung leisten. Vor allem sie macht das Verwaltungshandeln in der kontinentalen Tradition gerichtlich überprüfbar.

Lepsius zeigt die Entwicklungslinien in hervorragender Weise. Er hat in Chicago, in einer Umgebung, die dafür besonders geeignet ist, und beraten von namhaften Fachkollegen des

amerikanischen Verwaltungsrechts eine ausgezeichnete Arbeit geliefert, die ihn zugleich als Verwaltungs- und Verfassungsrechtler sowie als Rechtsvergleicher ausweist. Daher könnte diese ausgezeichnete, von Peter Lerche geförderte Dissertation Ausgangspunkt eines weiteren Weges in die Wissenschaft werden.

Helmut Goerlich

Gerald Schmitz

**Tibet und das Selbstbestimmungsrecht der Völker**

Walter de Gruyter, Berlin / New York, 1998, 362 S., DM 168,--

This is a painstaking study on a large and contentious issue.<sup>1</sup> Tibet is now part of the territory of the People's Republic of China (PRC), a position not disputed by any other state, and one which the Dalai Lama's government-in-exile has long seemed ready to accept eventually as the basis of an arrangement that might in future afford a degree of genuine autonomy to Tibetans in China. Nevertheless, coexistence between the Peking authorities and Tibetans inside the PRC has frequently proved difficult both after the "peaceful liberation" of Tibet by the Chinese People's Liberation Army in 1951 and ever since the abortive 1959 rebellion and the Dalai Lama's flight to India. The political confrontation between the Dalai Lama and the Chinese government has added significance to legal positions which either side may adopt to its own advantage, in pursuit of a future *modus vivendi* and in search of international political support for one's own objectives.

Dr Schmitz's investigation divides into four large chapters. An introductory *tour d'horizon* on Tibet's modern history is followed by two chapters on the manifestations of the right of self-determination in the sources of international law, in particular with regard to the PRC's position in relation to the relevant modern customary law. In the core fourth chapter, the author mainly explores whether certain aspects of the right of self-determination – as a right of the population of a previously independent state to *restitutio ad integrum*, and as a right of self-defence of oppressed minorities within a state – may apply to Tibetans.

Much in the argument on Tibet's past and present status in, or *vis-à-vis*, China hinges on factual aspects of a long relationship spanning the gamut from the kingdom of *Tubo*<sup>2</sup>, which grew into a Central Asian state whose mail-clad mounted armies often bested the

<sup>1</sup> Cf. also my previous reviews in this journal of works on Tibet, eg, VRÜ 1996, p. 267; and VRÜ 1997, p. 248.

<sup>2</sup> For the reading "Tubo"/"Tufan", cf. the encyclopaedic Chinese dictionaries *Cihai*, Shanghai: Shanghai cishu chubanshe, single-volume edition, 1989, p. 818; and *Hanyu Da cidian*, Shanghai: Hanyu da cidian chubanshe, three-volume edition, 1997, volume 1, p. 1480.