

DEMOKRATIE- UND RECHTSSTAATS-
FÖRDERUNG IN DER
ENTWICKLUNGSZUSAMMENARBEIT



EINSCHÄTZUNGEN AUS DEN EMPFÄNGERLÄNDERN IN
AFRIKA, ASIEN, LATEINAMERIKA UND SÜDOSTEUROPA

INHALT

- 5 | VORWORT
- 7 | EINFÜHRUNG
PD Dr. Rainer Grote, LL.M.
- 23 | QUESTIONNAIRE
- 27 | LÄNDERBERICHTE**
- 29 | ÄGYPTEN
Prof. Abdul-Monem Al-Mashat, Ph.D.
- 39 | ARGENTINIEN
Prof. Dr. Néstor Sagüés
- 55 | CHINA
Prof. Dr. Qianfan Zhang
- 76 | KENIA
Dr. Mutuma Ruteere | Mikewa Ogada
- 97 | NAMIBIA
Prof. Joe Diescho, Ph.D.
- 110 | PHILIPPINEN
Prof. Dr. Andres D. Bautista, LL.M.
- 124 | RUMÄNIEN
Prof. Dr. Iulia Motoc
- 136 | RUSSLAND
Prof. Dr. Michail A. Krasnov
- 157 | VENEZUELA
Prof. Dr. Jesús M. Casal H.

- 174| QUERSCHNITT
PD Dr. Rainer Grote, LL.M.
- 185| AUTORENVERZEICHNIS

VORWORT

Bei Demokratie und Rechtsstaatlichkeit handelt es sich um zwei der wichtigsten Ziele, die im Rahmen der – bilateralen und multilateralen - entwicklungspolitischen Zusammenarbeit angestrebt werden.

In den letzten Jahren haben sich die Rahmenbedingungen der Entwicklungszusammenarbeit allerdings erheblich verändert. Die Reform- und Demokratieeuphorie ist in vielen Ländern verfliegen, in einigen Weltregionen sind sogar Rückschritte bei der Verwirklichung der demokratischen und politischen Freiheitsrechte der Bürger festzustellen. Beispiele hierfür finden sich in Zentralasien ebenso wie etwa im nördlichen Südamerika.

Nimmt man zu diesen Regionen noch die Staaten hinzu, die sich demokratischen Reformbestrebungen ohnehin nur sehr bedingt geöffnet oder sich ihnen von vornherein verweigert haben – wie beispielsweise China, die meisten Staaten Nordafrikas und des Nahen und Mittleren Ostens – so erscheinen die Fortschritte in der Ausbreitung der Demokratie über Europa und Nordamerika hinaus fast zwei Jahrzehnte nach dem Fall der Mauer durchaus überschaubar: Sie beschränken sich auf bestimmte Regionen Ost- und Südasiens sowie Lateinamerikas und wenige Staaten Afrikas.

Es ist vor diesem Hintergrund nicht überraschend, dass auch die Diskussion über das Verhältnis zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsförderung neu entflammt ist. Handelt es sich hierbei um zwei gleichrangige Ziele der Entwicklungszusammenarbeit? Oder ist dem einen Ziel (zumeist dem Rechtsstaat) vor dem anderen (zumeist der Demokratie) Priorität einzuräumen?

So wird in der entwicklungspolitischen Diskussion zum Teil die These vertreten, die Einführung oder Förderung des Rechtsstaats müsse in den Empfängerländern zeitlich vor der Demokratisierung erfolgen. Der Rechtsstaat sei unverzichtbare Voraussetzung für die Demokratie, jedoch nicht die Demokratie für den Rechtsstaat. Es gäbe keine überzeugenden Argumente für eine vorrangige Einführung der Demokratie vor und ohne rechtsstaatliche Garantien. Stärke man etwa allein freie Wahlen und die partizipativen Komponenten der Demokratie, führe dies häufig zu reinen *electoral democracies*, in denen Bürgerrechte unzureichend geschützt, die horizontale Gewaltenteilung defizient und der Rechtsstaat mangelhaft seien.

Nach anderer Auffassung besteht demgegenüber ein zwingender interner Zusammenhang zwischen Rechtsstaat und Demokratie. Das eine bedinge das andere, keines der beiden Ideale sei isoliert erreichbar.

Bei dieser für die Ausrichtung der sowohl bi- als auch multilateralen Entwicklungszusammenarbeit so maßgeblichen Diskussion wurde die Perspektive der Empfängerländer aus unserer Sicht bislang zu wenig berücksichtigt. Aus diesem Grund haben wir uns dieser Fragestellung im Rahmen unseres weltweiten Rechtsstaatsprogramms ausführlich gewidmet.

Wir haben zunächst bei Herrn Dr. Rainer Grote vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg den hier vorliegenden umfassenden Fragebogen („Questionnaire“) in Auftrag gegeben. Diesen Fragebogen haben wir daraufhin neun Experten aus dem Umfeld unseres weltweiten Rechtsstaatsprogramms in Afrika, Asien, Lateinamerika und Südosteuropa – im Einzelnen Ägypten, Kenia, Namibia, China, Philippinen, Argentinien, Venezuela, Rumänien und Russland - übermittelt. Sie haben auf seiner Grundlage fundierte Länderberichte zu der oben aufgeworfenen Fragestellung erarbeitet, die sie im Lauf der 6. KAS-Völkerrechtskonferenz auf dem Bonner Petersberg im November 2008 vor- und zur Diskussion gestellt haben. Alle diese Berichte

werden hier in der Originalsprache und in deutscher Übersetzung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Die vorliegende Publikation enthält außerdem das Extrakt aus diesen Länderberichten im Sinne eines vergleichenden Querschnitts, den ebenfalls Rainer Grote für uns erstellt hat.

Die Konrad-Adenauer-Stiftung fühlt sich durch die Projektergebnisse in ihrem Ansatz bestätigt, ihr weltweites Engagement in der Demokratieförderung durch ein spezialisiertes, weltweit mit unseren Auslandsbüros verzahntes Rechtsstaatsprogramm zu ergänzen.

Die wertorientierte Förderung und Festigung der pluralistischen Demokratie in Deutschland und weltweit ist traditionelles Hauptanliegen der Konrad-Adenauer-Stiftung. Aus diesem Grund gehört die Zusammenarbeit mit politischen Parteien christdemokratischer Prägung ebenso zu unserem Standardinstrumentarium wie die Förderung der Zivilgesellschaft. Denn nur wenn sowohl die politischen Eliten als auch die Bürger von der Demokratie überzeugt sind und sich ihr gegenüber dementsprechend loyal verhalten, wird sie - auch etwa in wirtschaftlichen Krisenzeiten oder sonstigen Umbruchsituationen - Bestand haben. Rechtsstaatlichkeit gilt gemeinhin als Grundvoraussetzung und Kernbestandteil jedes demokratischen Systems (und auch jeder Marktwirtschaft). Der Rechtsstaat sichert den Schutz der Menschenrechte, und ohne einen effektiven Menschenrechtsschutz kann es keine Demokratie (und auch keine auf Eigentumsrechten basierende Marktwirtschaft) geben. Dementsprechend führt die Stiftung in allen Weltregionen, in denen sie das Ziel der Demokratieförderung verfolgt, komplementär zu ihrer Arbeit auf Landesebene auch länderübergreifende Projekte zur Förderung der Rechtsstaatlichkeit durch. Das weltweite Rechtsstaatsprogramm der Stiftung ist heute in ganz Lateinamerika, in Ost-/Südostasien, in Subsahara-Afrika und in Südosteuropa aktiv.

Ich wünsche Ihnen eine aufschlussreiche und informative Lektüre. Über Rückfragen und Anregungen würden wir uns sehr freuen.

Berlin, im Januar 2009

*Dr. Gerhard Wahlers
Stellvertretender Generalsekretär
der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.*

EINFÜHRUNG

PD Dr. Rainer Grote, LL.M.

I. EINLEITUNG

Bei Demokratie und Rechtsstaatlichkeit handelt es sich um zwei der wichtigsten Ziele, die im Rahmen der entwicklungspolitischen Zusammenarbeit angestrebt werden. Auf den ersten Blick erscheint dabei die Demokratieförderung als das politisch anspruchsvollere Ziel, impliziert sie doch die (Um-)Gestaltung der in dem Zielland herrschenden politischen Verhältnisse im Sinne „westlicher“ Vorstellungen von individueller Freiheit und Kontrolle der Regierenden durch die Regierten, während die Rechtsstaatsarbeit primär auf den Aufbau funktionierender Verwaltungs- und Justizsysteme abzielt und damit einen stärker technisch-instrumentellen Charakter aufweist. In dem internationalen Umfeld, das sich seit dem Ende des Kalten Krieges herauskristallisierte und durch den scheinbar unaufhaltsamen Siegeszug des liberalen Staats- und Gesellschaftsmodells westlicher Prägung in Osteuropa, Asien, Afrika und Lateinamerika geprägt war, wurden die Frage nach möglichen Zielkonflikten zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für den Vorrang des einen oder des anderen Ziels in der Entwicklungskooperation kaum erörtert. Vielmehr erschien die Einführung bzw. Wiederherstellung der Demokratie hier, neben der Verwirklichung von Rechtsstaatlichkeit und Marktwirtschaft, als das dritte große Ziel, dem sich die Reformstaaten in der „Dritten Welt“ – von einzelnen Nachzüglern wie Kuba oder Nordkorea abgesehen – mit mehr oder minder großem Eifer verschrieben.

In den letzten Jahren haben sich die Rahmenbedingungen der Entwicklungszu-

sammenarbeit indes erneut erheblich verändert. Die Reform- und Demokratieeuphorie ist in vielen Ländern verflogen, in einigen Weltregionen – etwa in den Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion mit Ausnahme der baltischen Staaten – sind Rückschritte bei der Verwirklichung der demokratischen und politischen Freiheitsrechte der Bürger kaum mehr zu übersehen. Nimmt man zu diesen Regionen noch die Staaten hinzu, die sich demokratischen Reformbestrebungen nur halbherzig geöffnet oder sich ihnen von vornherein verweigert haben – China, die meisten Staaten Nordafrikas und des Nahen und Mittleren Ostens –, so erscheinen die Fortschritte in der Ausbreitung der Demokratie über Europa und Nordamerika hinaus fast zwei Jahrzehnte nach dem Fall der Mauer durchaus überschaubar: sie beschränken sich auf bestimmte Regionen Ost- und Südasiens sowie Lateinamerikas und wenige Staaten Afrikas.¹

Es ist vor dem Hintergrund der veränderten politischen Rahmenbedingungen für die internationale Entwicklungszusammenarbeit nicht wirklich überraschend, dass auch die Diskussion über das Verhältnis zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsförderung, d.h. darüber, ob es sich hierbei um zwei gleichrangige Ziele der Entwicklungszusammenarbeit handelt oder ob nicht dem einen Ziel (zumeist dem Rechtsstaat) vor dem anderen (zumeist der Demokratie) Priorität eingeräumt werden sollte, neu aufgeflammt ist.

¹ Vgl. die kürzlich veröffentlichte Studie von Freedom House zur Entwicklung demokratischer Freiheiten in der Welt: Arch Puddington, *Freedom in Retreat: Is the Tide Turning? Findings of Freedom in the World 2008*; ferner: *The Economist*, Jan 19th 2008, 53 f.

In der Bundesrepublik Deutschland gibt es, im Unterschied zu anderen Ländern (Schweiz, Vereinigtes Königreich),² kein Gesetz über die Rechtsgrundlagen der Entwicklungszusammenarbeit, in dem die Ziele und die Instrumente der Entwicklungszusammenarbeit verbindlich geregelt sind. Allerdings enthält der EG-Vertrag in den Artikeln 177–181 einen Titel über die Entwicklungszusammenarbeit im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft. Danach ist die Politik der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Entwicklungszusammenarbeit eine Ergänzung der entsprechenden Politik der Mitgliedstaaten (Art. 177 Abs. 1 EG-Vertrag). Gemäß Art. 177 Abs. 2 EG-Vertrag soll die Politik der Gemeinschaft dazu beitragen, das allgemeine Ziel einer Fortentwicklung und Festigung der Demokratie und des Rechtsstaats sowie das Ziel der Wahrung der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu verfolgen.³ Diese Bestimmung geht ganz offensichtlich von der *Gleichrangigkeit* von Demokratie- und Rechtsstaatsförderung aus. Zwar bindet sie unmittelbar nur die Gemeinschaft und die Organe der gemeinschaftlichen Entwicklungszusammenarbeit. Sie kann jedoch zugleich als authentischer Ausdruck der Ziele verstanden werden, denen sich auch die Mitgliedstaaten in ihrer individuellen Entwicklungszusammenarbeit verpflichtet fühlen, zumal Art. 177 mit seiner Betonung der „Ergänzungsfunktion“ gemeinschaftlicher Entwicklungszusammenarbeit erkennbar von dem inhaltlichen Gleichlauf der Entwicklungskooperationsbemühungen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ausgeht.

Bei Rechtsstaatlichkeit und Demokratie handelt es sich um Grundprinzipien moderner Verfassungsstaatlichkeit, die heute

in vielen Verfassungen der Welt als Staatszielbestimmungen oder Strukturprinzipien des Staatsaufbaus normativ verankert sind.⁴ Darüber hinaus beanspruchen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie über den nationalen Rahmen hinaus zunehmend auch im regionalen und globalen Kontext Geltung. Es fragt sich, ob Art und Umfang der Rezeption dieser beiden Konzepte durch das Völkerrecht Rückschlüsse auf die Verpflichtungen der Mitglieder der Staatengemeinschaft hinsichtlich ihrer Verwirklichung und die Lösung dabei möglicherweise auftretender Zielkonflikte zulassen. Dieser Frage soll im folgenden Abschnitt (II.) nachgegangen werden. Dabei erweist sich, dass es sich bei „Demokratie“ und „Rechtsstaat“ um Rahmenbegriffe handelt, deren Bedeutungsgehalte sich ohne Rückgriff auf die historischen Wurzeln dieser Konzepte und die nationalen Rechts- und Verfassungstraditionen, aus denen heraus sie erwachsen sind, kaum hinreichend bestimmen lassen. Der kurze Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs und die Traditionen, aus denen er sich speist, in Abschnitt III. zeigt, dass gerade die Rechtsstaatlichkeit in den letzten Jahrzehnten einem Bedeutungswandel unterworfen gewesen ist, der auf das Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie nicht ohne Auswirkungen bleiben kann. Die Erörterung der sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen für das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, insbesondere mit Blick auf die Einbeziehung oder Nichteinbeziehung von Elementen der Demokratieförderung in die rechtsstaatliche Entwicklungszusammenarbeit, bildet den Gegenstand des abschließenden Teils der vorliegenden Problemskizze (IV.).

² Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe; International Development Act 2002.

³ Der neue Art. 188d des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung des Lissabonner Vertrages nennt nur noch die Armutsbekämpfung als Hauptziel der Unionspolitik im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit. Allerdings stellt die Bestimmung zugleich klar, dass die Politik der Union in diesem Bereich „im Rahmen der Grundsätze und Ziele des auswärtigen Handelns der Union“ durchgeführt wird. Zu diesen Grundsätzen und Zielen zählen nach dem revidierten Art. 10a des Vertrages der Europäischen Union insbesondere Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Menschenrechte.

⁴ Siehe neben Art. 20 Abs. 3 GG etwa Art. 1 Abs. 1 der spanischen Verfassung; Art. 2 Abs. 1 der ungarischen Verfassung; Art. 1 c) der südafrikanischen Verfassung; Art. 1 der brasilianischen Verfassung; Art. 1 Abs. 3 der indonesischen Verfassung; ferner die Ausführungen in Abschnitt I. des Querberichts.

II. FUNKTIONEN VON RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM VÖLKERRECHTSDISKURS

Die Förderung der Rechtsstaatlichkeit („rule of law“) spielt heute in der Arbeit der internationalen Institutionen der Entwicklungskooperation eine zentrale Rolle. Dies beruht auf der – wohl unabweisbaren – Einsicht, dass eine wirksame Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung der betroffenen Länder ohne funktionierende Justiz- und Verwaltungsstrukturen wenig aussichtsreich erscheint. Im Falle des Ausbleibens durchgreifender rechtsstaatlicher Reformen besteht vielmehr die Gefahr, dass die von den internationalen Organisationen, nationalen Regierungen und privaten Investoren zur Verfügung gestellten Mittel in den Taschen der nationalen und lokalen politischen Eliten verschwinden, wie dies in der Vergangenheit häufig zu beobachten war. Die Durchsetzung rechtsstaatlicher Reformen stellt aus dieser Perspektive eine wesentliche Voraussetzung für die nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung der Zielländer dar, und es vermag daher nicht zu überraschen, dass die Weltbank und andere internationale Entwicklungsorganisationen allein in den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts ca. vier Milliarden Dollar für die Förderung von Justizreformprogrammen ausgegeben haben.⁵ Die Demokratieförderung taucht demgegenüber nicht ausdrücklich in den Maßnahmekatalogen und Zielformulierungen dieser Institutionen auf. Allerdings wird man hieraus nicht folgern können, dass die Demokratieförderung in den Augen der Weltbank und vergleichbarer Institutionen ein nachrangiges oder gar entbehrliches Ziel der Entwicklungskooperation darstellt. Sie gehört nur nicht zum Aufgabenbereich der Weltbank oder anderer Finanzinstitutionen, deren Kompetenzen auf die Durchführung wirtschaftlicher Reform- und Hilfsmaßnahmen und die damit unmittelbar zusammenhängenden Fragen beschränkt sind. Bei der Demokratieförderung handelt es sich um eine eminent politische Frage, und für politische Fragen sind die politischen Organe der Vereinten Nationen, d.h. Sicher-

heitsrat und Generalversammlung, zuständig. Sieht man sich die Praxis der Vereinten Nationen in den von Krieg und Bürgerkrieg verwüsteten Ländern an, in denen die Weltgemeinschaft unmittelbare Verantwortung für den staatlichen Wiederaufbau übernommen hat, so wird man feststellen, dass die (Wieder-)Herstellung demokratischer Strukturen hier durchaus zu den zentralen Zielen der international koordinierten Aufbauarbeit gehörte und gehört (Bosnien-Herzegowina, Kosovo, Kongo, Afghanistan, Irak etc.).⁶

Die fehlende Bezugnahme auf die Demokratieförderung in den Ziel- und Kriterienkatalogen der Weltbank und vergleichbarer Institutionen ist demnach primär als Ausdruck ihres begrenzten Aufgabenbereichs und nicht als (implizite) Stellungnahme zur unterschiedlichen Wertigkeit von Demokratie- und Rechtsstaatsförderung zu verstehen. Vielmehr spricht einiges dafür, dass die in der Vergangenheit in der „law and development community“ und gerade auch in der Weltbank weit verbreitete Erwartung, dass die Durchführung rechtsstaatlicher Reformen längerfristig zu positiven politischen Nebenwirkungen („spillovers“) in Gestalt offenerer und transparenterer politischer Systeme führt, der Arbeit der einschlägigen Organisationen auch heute noch zugrunde liegt. Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Entwicklung bilden danach kein „magisches Dreieck“, bei dem die Stärkung eines der drei Ziele zwangsläufig zulasten der anderen Ziele geht, sondern Bestandteile eines „virtuous cycle“, dessen Elemente sich gegenseitig verstärken. Rechtsstaatliche Reformen fördern die Entwicklung einer leistungsfähigen Marktwirtschaft; größerer Wohlstand in Verbindung mit einer unabhängigen Justiz und einer gesetzmäßigen Verwaltung wiederum ruft das Verlangen insbesondere der wachsenden Mittelschicht nach größerer politischer Teilhabe und Mitsprache hervor; die daraufhin einsetzende Demokratisierung beschränkt die Möglichkeiten der Regierung, die eingeführten Reformen nach Belieben zurückzudrehen, und trägt damit zur Konsolidie-

⁵ T. Moustafa, *The Struggle for Constitutional Power – Law, Politics and Economic Development in Egypt*, 2007, 213.

⁶ R. Wolfrum, *International Administration in Post-Conflict Situations by the United Nations and Other International Actors*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 9 (2005), 649, bes. 681 ff.

rung des rechtsstaatlichen und ökonomischen Reformprozesses bei.⁷

1. Rechtsstaatlichkeit

Die Rechtsstaatlichkeit ist heute nicht nur ein fester Bestandteil des Diskurses der internationalen Organisationen und Foren, die im Bereich der wirtschaftlichen Zusammenarbeit tätig sind. Sie taucht nicht nur in den Zielprogrammen, Maßnahmenkatalogen und Gipfelerklärungen von internationalen Institutionen und Regierungskonferenzen („soft law“) auf, sondern hat mittlerweile in erheblichem Umfang auch Eingang in das Völkervertragsrecht und teilweise auch in das Völkergewohnheitsrecht gefunden („hard law“). Dabei sind unterschiedliche Bedeutungsgelänge der Rechtsstaatlichkeit in den internationalen Beziehungen („international rule of law“) zu unterscheiden. Rechtsstaatlichkeit zielt hier zum einen darauf ab, die Rolle des Rechts in der Beilegung zwischenstaatlicher Konflikte zulasten der gewaltsamen Konfliktlösung (aber nicht zulasten der Diplomatie) zu stärken. Das Gewaltverbot in Art. 2 Ziff. 4 VN-Charta und die Pflicht der Staaten nach Art. 2 Ziff. 3 VN-Charta, ihre Streitigkeiten friedlich beizulegen (wenn auch nicht notwendigerweise vor einem internationalen Gericht oder Schiedsgericht), sind wesentliche Elemente dieser „international rule of law“. Noch stärker kommt die zunehmende Bedeutung der „international rule of law“ in der Proliferation der internationalen Gerichte und Spruchkörper zum Ausdruck, die eine fakultative oder obligatorische Zuständigkeit für die Beilegung zwischenstaatlicher Streitigkeiten besitzen (Permanenter Internationaler Gerichtshof, Internationaler Gerichtshof, Seegerichtshof, WTO-Panels und *Appellate Body*).

Die Zunahme internationaler Gerichtshöfe und Spruchkörper verdankt sich dabei zum Teil der zweiten Funktion der internationalen „rule of law“, die in dem Schutz des Einzelnen vor dem Missbrauch staatlicher Macht besteht. Diese Gruppe völkerrechtlicher Normen, die den Schutz des Individuums und seiner Rechte in den Mittelpunkt rückt, hat in den letzten Jahrzehnten sowohl quantitativ als auch quali-

tativ an Bedeutung erheblich zugenommen. Die einschlägigen völkerrechtlichen Normen erlegen mithin den Staaten (und anderen Völkerrechtssubjekten) bestimmte völkerrechtliche Handlungs- und Unterlassungspflichten im Interesse des Schutzes des Einzelnen und seiner individuellen Rechte auf. Die regionalen Menschenrechtsgerichtshöfe (EGMR, AGMR) sind zur Durchsetzung dieser Normen geschaffen worden und besitzen die Befugnis, unabhängig von staatlicher Initiative von Amts wegen oder auf Anrufung der durch staatliche Maßnahmen in ihren Rechten verletzten Individuen tätig zu werden. Aber auch die Schaffung internationaler Strafgerichtshöfe mit der Befugnis, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit von Amts wegen zu verfolgen, stellen einen wichtigen Schritt beim Ausbau der völkerrechtlichen „rule of law“ dar.

Wichtige Elemente der Rechtsstaatlichkeit sind vor allem in den universellen und regionalen Menschenrechtspakten normiert. Diese Verträge enthalten elementare Garantien für die Durchführung rechtsstaatlicher Gerichtsverfahren, die den Justizgrundrechten in den Verfassungen der einzelnen Staaten entsprechen, zum Teil aber über sie hinausgehen. Die völkerrechtlichen Anforderungen reichen dabei von der institutionellen und organisatorischen Absicherung der Unabhängigkeit der Gerichte und Unparteilichkeit der Richter über die Mindestrechte der Verfahrensbeteiligten (insbesondere des Beschuldigten bzw. Angeklagten im Strafprozess) während des Verfahrens bis hin zur Urteilsfindung und -verkündung.⁸ Die Fair-Trial-Garantien erstrecken sich dabei nicht nur auf das straf-, sondern auch auf das zivilgerichtliche Verfahren, was die Überprüfung verwaltungsbehördlicher Maßnahmen mit vermögensrechtlichen Auswirkungen einschließt.⁹ Darüber hinaus wird das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegen staatliche Eingriffe in die konventionsrechtlich geschützten Menschenrechte und Grundfreiheiten besonders gewährleistet.¹⁰ Außerdem unterwer-

⁷ Mustafa (Fußnote 5), 223.

⁸ Vgl. Art. 14 ICCPR, Art. 6 EMRK.

⁹ Zu Art. 6 EMRK s. Ch. Grabenwarter/K. Pabel, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 14 Rn. 14.

¹⁰ Art. 2 Abs. 3 ICCPR, Art. 13 EMRK.

fen die Menschenrechtsverträge die Festnahme und Freiheitsentziehung von Personen zu präventiven und repressiven Zwecken strengen materiellen und prozeduralen Anforderungen.¹¹ Die Kerngarantien eines rechtsstaatlichen Strafrechts (*ne bis in idem, lex certa, lex previa, lex mitior* etc.) sind ebenfalls konventionsrechtlich abgesichert.¹² Die meisten der vorgenannten Garantien dürften heute völkergewohnheitsrechtlichen Charakter haben, d.h. auch diejenigen Staaten binden, die nicht Vertragspartei der einschlägigen Menschenrechtspakte sind. Schließlich formulieren die Menschenrechtsverträge in den Schrankenvorbehalten bestimmte Anforderungen an die Vorhersehbarkeit und Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe in konventionsrechtlich geschützte Rechte und konkretisieren damit in diesem wichtigen Bereich den zentralen rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit.

Die Rechtsstaatlichkeit prägt als „regulative Idee“ aber nicht nur die Entwicklung und Implementierung neuer völkerrechtlicher Normen im Bereich des Menschenrechtsschutzes, sie findet vielmehr auch in den wachsenden Korpus wirtschaftsvölkerrechtlicher Normen zunehmend Eingang. Charakteristisch für diese Tendenz sind die Regelungen im Multilateralen Übereinkommen zum Dienstleistungshandel (GATS) der Welthandelsorganisation (WTO). Art. VI Abs. 2 GATS verpflichtet die Mitgliedstaaten in den Sektoren, in denen sie spezifische Verpflichtungen zur Liberalisierung des Dienstleistungshandels übernommen haben, zur Errichtung bzw. Unterhaltung gerichtlicher, schiedsrichterlicher oder administrativer Instanzen oder Verfahren, die auf Antrag eines betroffenen Dienstleistungserbringers die umgehende Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen mit Auswirkungen auf den Dienstleistungshandel und in begründeten Fällen geeignete Abhilfemaßnahmen gewährleisten, sobald (nicht soweit!) dies praktisch möglich ist. Kann das Prüfungsverfahren nicht unabhängig von der Behörde durchgeführt werden, welche die Ausgangsentscheidung erlassen hat, so muss doch die innerstaatliche Rechtsordnung gewährleisten, dass eine objektive

und unparteiische Überprüfung tatsächlich stattfindet. Damit werden völkerrechtliche Mindestanforderungen an die Wirksamkeit des innerstaatlichen Rechtsschutzes gegen Verwaltungsmaßnahmen im Bereich des Dienstleistungshandels formuliert. Diese Regelung wird ergänzt durch die Fixierung rechtsstaatlicher Mindeststandards für die Ausgestaltung der einschlägigen Verwaltungsverfahren: bedarf die Erbringung der Dienstleistung nach dem anwendbaren innerstaatlichen Recht einer behördlichen Genehmigung, so muss die zuständige Behörde innerhalb einer angemessenen Frist nach Vorlage des vollständigen Antrags den Antragsteller über die Entscheidung unterrichten (was impliziert, dass auch die Entscheidung innerhalb dieser Frist zu ergehen hat). Hier wird folglich die Übernahme völkerrechtlicher Verpflichtungen zur Liberalisierung des Dienstleistungshandels zum Einfallstor für die Umgestaltung der innerstaatlichen Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren im Einklang mit internationalen rechtsstaatlichen Mindeststandards.

Noch deutlicher ist das Vordringen rechtsstaatlicher Prinzipien bei der Schaffung und Anwendung völkerrechtlicher Normen im Bereich des Investitionsschutzrechts sichtbar, nur dass sich der Wandel hier nicht im Rahmen eines multilateralen Regimes, sondern auf der Grundlage zumeist bilateraler Investitionsschutzabkommen vollzieht. Diese Verträge definieren nicht nur die Voraussetzungen, unter denen eine vertraglich geschützte ausländische Investition vorliegt, sondern definieren auch autonome, d.h. von den einschlägigen verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Bestimmungen des Empfängerstaates unabhängige Standards für die Behandlung der vertraglich erfassten Investitionen. Die Empfängerstaaten verpflichten sich nach den heute praktisch universell gebräuchlichen Klauseln zur Gewährung einer „fairen und angemessenen Behandlung“ (*fair and equitable treatment*) und im Falle einer aus übergeordneten öffentlichen Interessen notwendig werdenden Enteignung zur Durchführung eines rechtsstaatlichen Enteignungsverfahrens (*due process of law*) und zur Zahlung einer angemessenen und soforti-

¹¹ Art. 9 ICCPR, Art. 5 EMRK.

¹² Art. 14 Abs. 7, Art. 15 ICCPR, Art. 7 EMRK.

gen Entschädigung.¹³ Im Streitfall wird die Einhaltung der einschlägigen Standards nicht durch die nationalen Gerichte des Empfängerstaates, sondern durch ein unabhängiges Schiedsgericht des Internationalen Zentrums für Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) der Weltbank überprüft, dessen Entscheidungen in den Mitgliedstaaten der ICSID-Konvention wie letztinstanzliche Urteile der innerstaatlichen Gerichte vollstreckbar sind. Die Konkretisierung der einschlägigen Maßstäbe für den Schutz ausländischer Investitionen liegt also in den Händen unabhängiger internationaler Spruchkörper. Die rasch wachsende Zahl von ICSID-Schiedssprüchen im Bereich des Investitionsschutzrechts hat zur Herausbildung universeller Mindeststandards geführt, die unmittelbare Auswirkungen auf die Ausgestaltung derjenigen innerstaatlichen Verwaltungsverfahren haben, welche sich auf ausländische Investitionsentscheidungen beziehen.¹⁴

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass die „rule of law“ als Leitprinzip der Völkerrechtsordnung weithin anerkannt ist; wichtige Elemente dieser „rule of law“ haben über die Menschenrechtskonventionen und die multi- und bilateralen Vertragswerke auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Beziehungen in erheblichem Umfang Eingang in das positive Völkerrecht gefunden. Sie ist darüber hinaus ein fester Bestandteil der von den internationalen Entwicklungsorganisationen als Leitlinien für ihre Arbeit entwickelten „Good Governance“-Grundsätze.¹⁵ In dem *World Summit Outcome Document* von 2005 haben die Staats- und Regierungschefs der Welt die Maßgeblichkeit dieser Grundsätze einschließlich der „rule of law“ für die Ent-

wicklungsarbeit feierlich bekräftigt.¹⁶ Darüber hinaus ist die Rechtsstaatlichkeit eines der wichtigsten Ziele der internationalen Gemeinschaft in ihren Bemühungen um die Wiederherstellung einer funktionsfähigen staatlichen Ordnung in sog. „failed states“.¹⁷

2. Demokratie

Die Ausgangslage in der Diskussion um die Bedeutung und den normativen Stellenwert des Demokratieprinzips im Völkerrecht unterscheidet sich von derjenigen in der Rechtsstaatsdebatte. Dies hängt vor allem damit zusammen, dass zentrale Prinzipien des geltenden Völkerrechts der Annahme einer normativen Verpflichtung der Staaten, ihre politische Ordnung nach den Vorgaben des Demokratieprinzips zu gestalten, entgegenzustehen scheinen.

Die einschlägigen Prinzipien sind die Staatensouveränität – in Art. 2 Nr. 1 UN-Charta als Grundsatz der souveränen Gleichheit der UN-Mitgliedstaaten verankert –, das Selbstbestimmungsrecht der Völker (Art. 1 Nr. 2 UN-Charta) und das Interventionsverbot (Art. 2 Nr. 7 UN-Charta). Diese Prinzipien haben durch die sog. *Friendly-Relations Declaration* vom 24. Oktober 1970, die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen im Konsens angenommen wurde, eine authentische Interpretation erfahren.¹⁸ Danach gewährleistet die Souveränität den Staaten das Recht, ihr politisches, ökonomisches, soziales und kulturelles System frei zu wählen und zu entwickeln.¹⁹ Das Selbstbestimmungsrecht seinerseits verbürgt den Völkern, die Träger

¹³ Vgl. Art. 1105, 1110 NAFTA.

¹⁴ Vgl. etwa die bekannte *Metalclad*-Entscheidung, in der das Fehlen eines transparenten und fairen Verwaltungsverfahrens in Mexiko zur Erteilung der für die Errichtung einer von einem US-Investor geplanten Müllbeseitigungsanlage erforderlichen Genehmigung als Verletzung des „fair and equitable treatment“-Standards nach Art. 1105 des NAFTA-Vertrages angesehen wurde, *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Final Award, 30. August 2000, para. 99 ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

¹⁵ S. Chesterman, Stichwort Rule of Law, in: R. Wolfrum (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2008 ff, Rn. 20 (im Erscheinen).

¹⁶ *World Summit Outcome 2005*, UN GA Doc. A/60/L.1, Ziff. 11 der Präambel: „We acknowledge that good governance and the rule of law at the national and international levels are essential for sustained economic growth, sustainable development and the eradication of poverty and hunger.“

¹⁷ Zu Letzterem s. Wolfrum (Fußnote. 6), 691 ff.

¹⁸ *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations* vom 24. Oktober 1970, UNGA Res 2625 (XXV).

¹⁹ Vgl. den entsprechenden Abschnitt in der *Friendly-Relations-Declaration* zur souveränen Gleichheit der Staaten: „In particular, sovereign equality includes the following elements: ...e) Each State has the right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems.“

dieses Recht sind, die Freiheit, ihren politischen Status („political status“) ohne Einmischung von außen zu bestimmen und ihre ökonomische, soziale und kulturelle Entwicklung voranzutreiben.²⁰ Das Interventionsverbot wiederum schützt die Staaten vor dem Zwang anderer Staaten, aber auch der Vereinten Nationen, ihre politische, ökonomische oder kulturelle Ordnung in einer bestimmten Weise zu gestalten.²¹

Für eine völkerrechtliche Pflicht der Staaten, ihr politisches System nach demokratischen Grundsätzen auszugestalten, ist folglich nur insoweit Raum, als die Staaten freiwillig Verpflichtungen in diese Richtung eingehen. Ein allgemeines, vom Willen des betreffenden Staates unabhängiges Demokratisierungsgebot kennt das Völkerrecht hingegen nicht. Allerdings haben die Staaten im Rahmen der internationalen Menschenrechtsverträge die Verpflichtung übernommen, bestimmte grundlegende Elemente einer demokratischen Ordnung zu respektieren bzw. zu gewährleisten. So verpflichten sich die Vertragsstaaten des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte u.a., Meinungsfreiheit (Art. 19), Versammlungsfreiheit (Art. 21) und Vereinigungsfreiheit (Art. 22) zu gewährleisten. Diese Grundrechtsgarantien schließen die Freiheit zur politischen Betätigung durch das Äußern entsprechender Meinungen, die Abhaltung entsprechender Versammlungen und die Bildung politischer Vereinigungen mit ein.²² Artikel 21 und 22 des Paktes sehen ausdrücklich vor, dass die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit nur denjenigen Einschränkungen unterworfen werden können, die „in einer demokratischen Gesellschaft“ („in a democratic society“)

zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und anderer höherrangiger Rechtsgüter erforderlich sind. Darüber hinaus gewährleistet Art. 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte eine Reihe von demokratischen Kernrechten. Danach hat jeder Staatsbürger das Recht, an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen, in echten („genuine“), wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äußerung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden, und unter Bedingungen der Gleichheit Zugang zu den öffentlichen Ämtern seines Landes zu haben. Einschränkungen der genannten Wahl- und Beteiligungsrechte sind zulässig, sie dürfen aber nicht unangemessen („unreasonable“) sein. Vergleichbare Gewährleistungen finden sich in den einschlägigen regionalen Menschenrechtskonventionen.²³

Darüber hinaus ist der Aufbau demokratischer Strukturen mittlerweile zum festen Bestandteil der Wiederaufbauprogramme der Vereinten Nationen und der internationalen Gemeinschaft in den Staaten geworden, in denen sie im Anschluss an Krieg oder Bürgerkrieg Verantwortung für den staatlichen Wiederaufbau übernommen haben. Die Weltgemeinschaft hat in den Staaten, in denen in den vergangenen Jahren Wiederaufbaubestrebungen mit internationaler Hilfe und unter internationaler Aufsicht durchgeführt worden sind, der Vorbereitung und Durchführung fairer und freier Wahlen als wichtigem Schritt zur Schaffung ausreichend legitimer lokaler Regierungen eine zentrale Bedeutung beigemessen und hierfür in erheblichem Umfang Ressourcen bereitgestellt (Afghanistan, Irak, Kongo etc.). Diese Praxis der internationalen Gemeinschaft kann durchaus als Bekenntnis zur Demo-

²⁰ „... all people have the right to freely determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development“

²¹ „Every State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State.“

²² Vgl. K.J. Partsch, Freedom of Conscience and Expression, Political Freedoms, in: L. Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights, 1981, 209, 235; A.N. Lippincott, Is Uganda's "No Party" System Discriminatory Against Women and a Violation of International Law?, Brooklyn Journal of International Law 27 (2001/02), 1137, 1156.

²³ Art. 23 Amerikanische Menschenrechtskonvention; Art. 3 ZP 1 zur Europäischen Menschenrechtskonvention; Art. 13 der Banjul Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker, Letztere allerdings mit einer stark verklausulierten Formulierung des Wahlrechts: „Jeder Staatsbürger hat das Recht, sich frei an der Leitung der öffentlichen Angelegenheiten seines Staates zu beteiligen, entweder unmittelbar oder durch Vertreter, die unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften frei gewählt worden sind“ (Hervorhebung des Verf.).

kratie als weitgehend konkurrenzloser Legitimationsform organisierter Staatlichkeit interpretiert werden. Auch in dem bereits zitierten *World Summit Outcome Document* von 2005²⁴ heißt es im operativen Teil der Erklärung: „*We therefore resolve ... to reaffirm that good governance is essential for sustainable development; that sound economic policies, solid democratic institutions responsive to the needs of the people and improved infrastructure are the basis for sustained economic growth, poverty eradication and employment creation ...*“ (Hervorhebung d. Verf.).

Darüber hinaus ist im letzten Jahrzehnt eine intensive Diskussion geführt worden, welchen Einfluss der Demokratiedanke auf die Fortbildung der Prinzipien und Institute des allgemeinen Völkerrechts hat.²⁵ An dieser Stelle muss der Hinweis auf zwei praktisch besonders relevante Fragen genügen, die in diesem Zusammenhang erörtert worden sind. Die erste Frage betrifft die Bedeutung, die der Einhaltung demokratischer Prinzipien in der Ausgestaltung der staatlichen Ordnung für die Anerkennung neuer Staaten zukommt. Diese Frage hat sich im vergangenen Jahrzehnt vor allem im Zusammenhang mit der Anerkennung neuer Staaten in Osteuropa gestellt, die aus der früheren Sowjetunion und dem früheren Jugoslawien hervorgegangen sind. Die Außenminister der Europäischen Gemeinschaft formulierten im Dezember 1991 gemeinsame Richtlinien, die für die Anerkennung neuer Staaten in Osteuropa und der früheren Sowjetunion maßgeblich sein sollen.²⁶ Die förmliche Anerkennung neuer Staaten durch die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft setzt danach u.a. die Beachtung der VN-Charta, der KSZE-Schlussakte von Helsinki und der Charta von Paris voraus, „insbesondere im Hinblick auf Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechte“ („especially with regard to rule of law, democracy and human rights“). Die Charta von

Paris, auf welche die Richtlinien Bezug nehmen, legt nach dem Fall der Mauer und dem Ende des Kalten Krieges die Grundsätze für die internationale Zusammenarbeit im Rahmen der KSZE (der späteren OSZE) fest. In ihr verpflichten sich die Mitgliedstaaten explizit, „die Demokratie als die einzige Regierungsform unserer Nationen aufzubauen, zu festigen und zu stärken“. Die europäischen Anerkennungsrichtlinien von 1991 implizieren folglich, dass das hergebrachte Kriterium der Effektivität der Staatsgewalt als Anerkennungsvoraussetzung nicht mehr ausreicht, sondern durch das Kriterium der demokratischen Legitimität ergänzt werden muss. Allerdings ist fraglich, inwieweit die europäischen Richtlinien über den regionalen Rahmen hinaus Geltung beanspruchen und als Ausdruck universell gültiger Völkerrechtsprinzipien betreffend die Anerkennung neuer Staaten angesehen werden können. Ohnehin hat die Anerkennung nach heute vorherrschender Auffassung keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung.²⁷

Noch kontroverser wird die Frage diskutiert, ob eine undemokratische oder diktatorische Regierung in extremen Umständen durch Intervention von außen, notfalls auch eine Intervention militärischer Art, beseitigt werden darf. Dies ist zum einen eine Frage nach dem Umfang der Befugnisse des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der VN-Charta: Kapitel VII ermächtigt den Sicherheitsrat, gegen Staaten und Regierung, die für den Bruch oder die Bedrohung des Weltfriedens verantwortlich sind, mit diplomatischen, ökonomischen und ggf. auch militärischen Sanktionen vorzugehen. Fraglich ist also, ob eine undemokratische Regierungsführung und die sich daraus ergebenden Folgen zumindest unter bestimmten Umständen als Bedrohung des Weltfriedens aufgefasst werden können. Kommt eine Intervention des Sicherheitsrates aus politischen Gründen (d.h. wegen Ausübung des Vetorechts durch eines der ständigen Sicherheitsratsmitglieder) nicht in Betracht, dann stellt sich die Frage, ob eine sog. „humanitäre Intervention“ außerhalb der VN-Charta zulässig

²⁴ Siehe Fußnote 16.

²⁵ Einen Überblick über die Diskussion geben die Beiträge in dem von G. Fox und B. Roth herausgegebenen Band „Democratic Governance and International Law“ (Cambridge University Press, 2000).

²⁶ Guidelines for the Recognition of new States in Eastern Europe and in the Soviet Union, *European Journal of International Law* 4 (1993), 74-77.

²⁷ A. Cassese, *International Law*, 2. Aufl. 2005, 73 f.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6. Aufl. 2003, 87 f.

ist.²⁸ In Betracht kommt dies nur dann, wenn die Missachtung fundamentaler demokratischer Rechte und die staatliche Repression solche Formen annehmen, dass man von einer humanitären Katastrophe sprechen kann. Schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen können, wie das Beispiel Haiti zeigt, gerade auch in der Negierung und Missachtung demokratischer Rechte und Prozesse bestehen.²⁹ Die Intervention der internationalen Gemeinschaft nach Kapitel VII bzw. einer „Koalition der Willigen“ im Rahmen der humanitären Intervention wird in dieser Situation zum Instrument der (Wieder-)Herstellung demokratischer Verhältnisse als unverzichtbare Voraussetzung für die Stabilisierung des betreffenden Staates.

Fest verankert ist das Demokratieprinzip mittlerweile in einer Reihe regionaler Integrations- und Kooperationssysteme, vor allem in Europa und in Amerika. Anders als die Vereinten Nationen knüpfen regionale Organisationen die Mitgliedschaft in der Organisation zum Teil ausdrücklich an die demokratische Struktur der Mitgliedsländer und sehen Sanktionen vor, wenn ein Mitgliedsland den Pfad der demokratischen Tugend verlässt. Prototyp der einschlägigen Regelungen sind die Art. 6, 7 des Vertrages über die Europäische Union, die alle Mitgliedstaaten auf die Grundsätze der Freiheit, der Demokratie, der Wahrung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und auf die Rechtsstaatlichkeit festlegen und für den Fall, dass ein Mitgliedstaat diese Grundsätze schwerwiegend verletzt oder zu verletzen droht, die Möglichkeit der Aussetzung von Mitgliedschaftsrechten auf der Grundlage einer qualifizierten Mehrheitsentscheidung des Rates vorse-

hen. Ein Mitglied des Europarates, das sich einer schwerwiegenden Verletzung seiner Verpflichtung zur Gewährleistung der Menschenrechte und Grundfreiheiten – zu denen die Meinungsfreiheit, die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit und das Recht auf freie Wahlen gehören – schuldig macht, kann gemäß Art. 8 der Satzung des Europarates aus der Organisation ausgeschlossen werden. Ähnliche Regelungen sind in dem Protokoll von Ushuaia des MERCOSUR niedergelegt. Die Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) hat sogar eine eigene Demokratie-Charta angenommen, in der die Demokratie als unverzichtbare Voraussetzung für die effektive Verwirklichung der Grundfreiheiten und Menschenrechte anerkannt und ein umfassender Katalog von Maßnahmen zur Stärkung und Entwicklung der Demokratie in den Mitgliedstaaten formuliert wird. Im Falle der „verfassungswidrigen Störung der demokratischen Ordnung“ („unconstitutional interruption of the democratic order“) in einem Mitgliedstaat kann die Mitgliedschaft des betreffenden Landes in der OAS durch einen mit Zweidrittelmehrheit der übrigen Mitglieder gefassten Beschluss suspendiert werden.³⁰ Demokratiekláuseln, welche die Mitgliedstaaten auf die Wahrung der demokratischen Staatsform festlegen und im Falle der Gefährdung oder Beseitigung der Demokratie in einem Mitgliedsland die Aussetzung der Mitgliedschaft vorsehen, sind mittlerweile auch Bestandteil der vertraglichen Grundlagen von Andengemeinschaft und MERCOSUR.³¹

²⁸ Diese Frage ist insbesondere vor dem Hintergrund des Kosovo-Konflikts intensiv diskutiert worden, vgl. etwa D. Thüerer, Der Kosovo-Konflikt im Lichte des Völkerrechts: von drei – echten und scheinbaren – Dilemmata, Archiv des Völkerrechts 38 (2000), 1-22; C. Tomuschat, Völkerrechtliche Aspekte des Kosovo-Konflikts, Die Friedenswarte 74 (1999), 33-37;

²⁹ Zu der vom Sicherheitsrat autorisierten militärischen Intervention der USA in Haiti 1994, die explizit das Ziel verfolgte, den durch einen Staatsstreich des Militärs gestürzten demokratisch gewählten Präsidenten Bertrand Aristide wieder in sein Amt einzusetzen, s. S.J. Schnably, Constitutionalism and democratic government in the inter-American System, in: Fox/Roth, Democratic Governance and International Law, 155, 168-171.

³⁰ Art. 21 der Inter-Amerikanischen Demokratie-Charta vom 11. September 2001.

³¹ Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia vom 10. Juni 2000; Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático vom 24. Juli 1998. Eine vergleichende Analyse der Demokratiekláuseln von EU, MERCOSUR und Andengemeinschaft findet sich bei Juan Rujillo Cabrera, Afianzamiento de la democracia en Sudamérica: Analisis comparado de la cláusula democrática en la Comunidad Andina de Naciones, el Mercosur y la Unión Europea, International Law – Revista colombiana de derecho internacional 2007, 11-43.

III. RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER HISTORISCHEN UND KOMPARATIVEN PERSPEKTIVE

Die Frage, ob und auf welche Weise die Einführung von Demokratie auf der einen und die Förderung von Rechtsstaatlichkeit auf der anderen Seite entkoppelt werden können, hängt maßgeblich von dem Verhältnis ab, das zwischen diesen beiden Prinzipien besteht. Auf einer theoretischen Ebene erscheinen unterschiedliche Deutungsmöglichkeiten gleichermaßen plausibel, die von der Annahme eines Spannungsverhältnisses – Rechtsstaatlichkeit als Grenze von Mehrheitsentscheidungen bzw. Mehrheitsherrschaft, Demokratie als zumindest potenzielle Bedrohung von Individual- und Minderheitenrechten – bis hin zur Betonung der Komplementarität dieser Prinzipien – Rechtsstaatlichkeit als Instrument zum Schutz der individuellen Freiheit, Demokratie als institutionelle Ausformung der Autonomie des Individuums im politischen Raum – reichen. Den zitierten Verfassungsdokumenten der europäischen und amerikanischen Regionalorganisationen liegt erkennbar ein Verständnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Komplementärprinzipien zugrunde. Art. 6 EU-Vertrag behandelt Freiheit, Demokratie, Wahrung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie Rechtsstaatlichkeit als gleichrangige Prinzipien, denen die Mitgliedstaaten in ihrer innerstaatlichen Ordnung Geltung zu verschaffen haben. Noch deutlicher werden der Zusammenhang und die gegenseitige Abhängigkeit dieser Prinzipien in der Charta von Paris, in der die Grundsätze für die zwischenstaatliche Zusammenarbeit im Rahmen der OSZE (früher KSZE) formuliert sind: „Demokratische Regierung gründet sich auf den Volkswillen, der seinen Ausdruck in regelmäßigen, freien und gerechten Wahlen findet. Demokratie beruht auf Achtung vor der menschlichen Person und Rechtsstaatlichkeit. Demokratie ist der beste Schutz für freie Meinungsäußerung, Toleranz gegenüber allen gesellschaftlichen Gruppen und Chancengleichheit für alle.“ Noch prägnanter formuliert die Demokratie-Charta der OAS: „Democracy is indispensable for the effective exercise of fundamental freedoms and human rights.“

1. Das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat vor dem Hintergrund des kontinentalen europäischen Rechtsstaatsverständnisses

Nicht zu übersehen ist freilich, dass diese Annahme eines Komplementärverhältnisses von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie von dem zugrunde gelegten Rechtsstaatsverständnis abhängig ist. Betont man die formellen Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips – Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, Bindung der Verwaltung an das Gesetz, Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber Maßnahmen der staatlichen Organe, die in seine geschützten Rechte eingreifen –, so sind die Berührungspunkte zwischen Rechtsstaat und Demokratie zumindest auf den ersten Blick gering. Die entsprechenden Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit können durch eine entsprechende Ausgestaltung des Rechts- und Justizsystems erfüllt werden, ohne dass es darauf ankommt, ob das politische System und die politischen Gewalten nach demokratischen Grundsätzen organisiert sind. Das formale Rechtsstaatsverständnis wird vor allem mit der Ära des Positivismus im späten 19. und beginnenden 20. Jahrhundert in Verbindung gebracht. Nach dieser Konzeption enthält der Rechtsstaat keine Aussage über die Zwecke – oder in zeitgenössischer Terminologie: die Werte –, die der Staat durch sein Handeln verwirklichen soll, sondern lediglich über die Formen, in denen dies zu geschehen hat.³² Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung können den staatlichen Willen nur in bestimmten Formen und Verfahren wirksam äußern. Verwaltung und Rechtsprechung sind bei der Ausübung ihrer Befugnisse auch an den Inhalt der Gesetze gebunden, während die gesetzgebende Gewalt in inhaltlicher Hinsicht keinen Bindungen unterliegt: Grundrechte sind – wie im Kaiserreich – nicht in der Verfassung, sondern nur einfachgesetzlich normiert oder figurieren zwar – wie in der Weimarer Republik – im Verfassungstext, entfalten jedoch keine oder nur eine eingeschränkte

³² Die klassische Definition des formellen Rechtsstaatsbegriffs stammt von F.J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Bd. 2, 3. Aufl. 1856, 137: „... der Begriff des Rechtsstaates ... bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen.“

rechtliche Bindungswirkung, unterliegen also weitgehend der Konkretisierung durch den Gesetzgeber. Die Bindung von Verwaltung und Rechtsprechung an das Gesetz, die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in Freiheit und Eigentum und die gerichtliche Überprüfung von Eingriffen der Exekutive in gesetzlich geschützte Rechte des Einzelnen sind die wesentlichen Merkmale des Rechtsstaatsbegriffs.

Der Aufstieg der formellen Rechtsstaatskonzeptionen wurde durch die politischen Rahmenbedingungen begünstigt. In Deutschland waren diese Rahmenbedingungen durch die Trennung der im (west-)europäischen Liberalismus des frühen 19. Jahrhunderts ursprünglich eng miteinander verbundenen Ziele der politischen und wirtschaftlichen Freiheit und ihrer rechtlichen Sicherung gekennzeichnet. Die liberalen Hoffnungen auf die Errichtung einer freiheitlichen politischen Ordnung waren im Deutschen Bund in der Revolution von 1848/49 weitgehend zunichte geworden. Das ursprünglich verbreitete Verständnis des Rechtsstaats als staatliche Ordnung, die dem Schutz der individuellen Freiheit dient, wurde unter dem Eindruck dieser Ereignisse nach und nach von Konzeptionen verdrängt, die stärker auf die formalen Qualitäten des Rechts unter Abstrahierung von seiner Finalität abhoben.³³

Als Reaktion auf die Pervertierung des formalen Rechtsstaatsbegriffs im Nationalsozialismus und die Überwindung des Gesetzespositivismus setzte jedoch seit der Mitte des 20. Jahrhunderts eine Rückbesinnung auf die materiellen Gehalte der Rechtsstaatlichkeit ein. Zwar sind die formalen Aspekte der Rechtsstaatlichkeit nicht aufgegeben worden; sie leben vielmehr in zentralen Bestimmungen des Grundgesetzes (Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3), in ungeschriebenen Verfassungsprinzipien und den Prinzipien des allgemeinen Verwaltungsrechts fort. Zugleich sind sie jedoch ergänzt und erweitert worden um Prinzipien und Grundsätze, die eine Überprüfung sämtlicher Aspekte des staatlichen Handelns anhand materieller Kriterien nicht nur erlauben, sondern zur

Voraussetzung haben. Den Kern dieser materiellen Rechtsstaatskonzeption bildet die Bindung aller staatlichen Gewalten – einschließlich der Gesetzgebung – an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Das BVerfG sieht in den Grundrechten eine „objektive Werteordnung“, ein „Wertsystem“, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet und als „verfassungsrechtliche Grundentscheidung“ alle Bereiche des Rechts beeinflusst sowie „Richtlinien und Impulse“ für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt.³⁴ Zu den Grundrechten, die dem Rechtsstaat seinen materiellen Gehalt geben, zählen auch die Freiheitsrechte, die für eine freiheitlich-demokratische Ordnung konstitutiv sind: Meinungsfreiheit (Art. 5 GG), Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG), ferner die „politischen“ Grundrechte, d.h. die Freiheit der Parteigründung (Art. 21 GG) und das allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime aktive und passive Wahlrecht (Art. 38 GG). Der materiell verstandene Rechtsstaatsbegriff nimmt damit zugleich wichtige Elemente der politischen Freiheit in sich auf, die zugleich das Fundament einer jeden demokratischen Ordnung bilden.

Die stärkere Betonung materieller Rechtsstaatsgehalte ist auch keine Sonderentwicklung der deutschen Nachkriegszeit. Sie ist vielmehr Ausdruck einer generellen Hinwendung in (West-)Europa zu Rechtsstaatskonzeptionen, die auf den Schutz der individuellen Freiheit ausgerichtet sind, und hat diese Entwicklung wohl auch mit beeinflusst. Als Ergebnis dieser Entwicklung herrscht heute in Europa ein Rechtsstaatsverständnis vor, bei dem die Rechtsstaatlichkeit als integraler Bestandteil der demokratischen Ordnung erscheint, so dass eine strikte Trennung zwischen beiden Konzeptionen sachlich unangemessen, ja artifiziell wirkt. In seiner grundlegenden Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes über die Rechtswidrigkeit des kommunistischen Regimes aus dem Jahre 1993 hat das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik dieser Sichtweise einen prägnanten

³³ M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, 383 f.; P. Badura, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967, 37 f.

³⁴ BVerfGE 7, 198, 205 – Lüth.

Ausdruck verliehen. Da in kaum einem anderen verfassungsgerichtlichen Urteil der Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, zwischen formellem und materiellem Rechtsstaat in dieser allgemeinen Form diskutiert worden ist, lohnt es sich, an dieser Stelle ausführlich aus der Entscheidung zu zitieren: „Unsere neue Verfassung ist nicht auf Werteneutralität gegründet, ist nicht eine bloße Abgrenzung der Institutionen und Verfahren, sondern gliedert in ihren Text auch bestimmte regulative Ideen ein, die die grundlegenden unantastbaren Werte der demokratischen Gesellschaft ausdrücken. Die Verfassung der Tschechischen Republik akzeptiert und respektiert das Prinzip der Gesetzmäßigkeit als Bestandteil der Konzeption des Rechtsstaates, bindet jedoch das positive Recht nicht nur an die formelle Legitimität, sondern unterwirft die Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen ihrem inhaltlichen und materiellen Sinn und bedingt das Recht durch die Respektierung der grundlegenden konstitutiven Werte der demokratischen Gesellschaft, an denen die Anwendung der Rechtsnormen gemessen wird. Diese Auffassung des Verfassungsstaats lehnt die formell-rationelle Legitimität des Regimes und den formellen Rechtsstaat ab. Die Legitimität des politischen Regimes kann sich nicht nur auf die formell-rechtlichen Aspekte stützen, weil die Werte und Prinzipien, auf die sich das Regime stützt, nicht nur rechtlichen, sondern vor allem politischen Charakter haben. Solche Prinzipien unserer Verfassung, wie die Volkssouveränität, die repräsentative Demokratie, der Rechtsstaat, sind die Prinzipien der politischen Organisation der Gesellschaft, die normativ nicht restlos definierbar sind.“³⁵

2. Das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in der Tradition der „Rule of Law“

Auch eine nähere Betrachtung der anglo-amerikanischen „rule of law“, der anderen großen Überlieferung, aus der sich das Verständnis der Rechtsstaatlichkeit im internationalen Diskurs speist, legt keine

strikte Trennung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie nahe. Zwar steht bei der „rule of law“ ebenfalls die Unterwerfung der politisch-administrativen Macht unter das von unabhängigen und unparteiischen Gerichten ausgelegte und angewandte Recht im Mittelpunkt. Nach der viel zitierten Formulierung von Dicey besteht die Herrschaft des Rechts in der Gleichheit aller vor der Rechtsregel und dem Gericht: *„We mean ... when we speak of the „rule of law“ ... not only that with us no man is above the law, but that ...every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals.“*³⁶

Dabei ist jedoch, wie in der Literatur zutreffend hervorgehoben wird, der „demokratische“ Charakter des Rechts, dem der Einzelne unterworfen ist, immer schon mitgedacht, ob es sich nun um das vom gewählten Parlament „gesetzte“ Recht oder das von den Gerichten aus der Anschauung der historischen Rechtsentwicklung und des darin zum Ausdruck kommenden Rechtsbewusstseins der Rechtsgenossen gewonnene „Common law“ handelt.³⁷ Der Verzicht selbst der zeitgenössischen „rule of law“-Konzeption in England auf bestimmte rechtstechnische Sicherungen wie die Verfassungsbindung des Parlaments und der anderen staatlichen Organe und die Kontrolle des Verfassungsvorrangs durch eine besondere Gerichtsbarkeit sind überhaupt nur vor dem inhärent pluralistischen Charakter der Rechtsgewinnung und -schöpfung in der englischen Tradition verständlich, die in der „rule of law“ ihren Ausdruck finden: die Verhinderung des Missbrauchs politischer Macht ist danach nicht nur und nicht einmal primär Aufgabe der Gerichte, sondern auch der Parlamentsfraktionen, der politischen Parteien, der interessierten sozialen Gruppen, der Medien, der demokratischen Öffentlichkeit und der Bürger.³⁸ Fehlt es der politischen Klasse und der Öffentlichkeit an dem Bewusstsein ihrer Verantwortung, so vermögen die Schutzmechanis-

³⁵ Pl. ÚS 19/93 vom 21. Dezember 1993, zitiert nach G. Brunner/M. Hofmann/P. Holländer, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechischen Republik, 2001, 140 f. (Übersetzung M. Hofmann).

³⁶ A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 2. Aufl. 1886, 179 f.

³⁷ I. Jennings, The Law and the Constitution, 5. Aufl. 1959, 60 f.

³⁸ A.-C. Pereira Menaut, Rule of Law o Estado de Derecho, 2003, 49 f.

men des Rechtssystems hierfür keinen ausreichenden Ersatz zu bieten, da sich auf der Grundlage des Prinzips der Parliamentsouveränität das Parlament, d.h. die demokratisch gewählte Regierung, stets gegenüber den Gerichten durchzusetzen vermag.

IV. WECHSELWIRKUNGEN ZWISCHEN DEMOKRATIE UND RECHTSSTAATLICHKEIT

1. Aspekte der Interdependenz von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie

Die bisherigen Ausführungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass zwischen der Entwicklung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit historisch ein enger Zusammenhang besteht. Sie stellen die Verfassungsprinzipien dar, in denen seit dem 18. Jahrhundert die Kernforderungen des politischen Liberalismus, nämlich die Forderung nach politischer Mitbestimmung einerseits und nach dem ausreichenden Schutz der Rechte der Bürger gegen Übergriffe der (monarchischen) Exekutive andererseits, geschichtlich wirksam geworden sind. Dabei war nicht nur die Rechtsstaatlichkeit, sondern auch die Demokratie einem erheblichen Wandel unterworfen, der von dem eingeschränkten Zensuswahlrecht des 19. Jahrhunderts bis zum allgemeinen Wahlrecht für Frauen und Männer im 20. Jahrhundert reicht. Im Verlauf dieser Entwicklung ist immer wieder auch der Vorrang der Volkssouveränität und damit des demokratischen Prinzips vor der Rechtsstaatlichkeit behauptet und auf dieser Basis die Möglichkeit bestritten worden, der demokratischen Mehrheitsentscheidung verbindliche rechtliche Grenzen zu setzen. In der englischen Lehre von der Souveränität des (demokratisch gewählten) Parlaments und in der Diskussion um die Grundlagen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit wirkt diese Tradition teilweise noch fort. Ein genereller Vorrang des Demokratieprinzips vor der Rechtsstaatlichkeit hat sich jedoch weder in Europa noch in Amerika durchsetzen vermocht. Konkrete Gestalt gewonnen hat die Demokratie hier in der Form der rechtsstaatlichen, d.h. an bestimmte Formen und Regeln und vor allem

an die Beachtung der Grund- und Menschenrechte gebundenen Demokratie.

Darüber hinaus sind tragende Elemente des Rechtsstaats so eng mit der demokratischen Struktur des Staates verknüpft, dass sie ohne die Existenz demokratischer Institutionen ihren Sinn verlieren würden. Dies gilt etwa für die Prinzipien des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes. Der Zweck dieser Prinzipien besteht darin, der Bürgerschaft über die von ihr gewählte Vertretungskörperschaft ein Mitsprache- und Kontrollrecht bei der Formulierung der gesetzlichen Regeln zu geben, auf deren Grundlage die Verwaltung in die Rechte der Bürger eingreifen kann. Ohne die Existenz eines frei gewählten Parlaments erstarrt die Anwendung dieser Prinzipien zu einem leeren Formalismus.³⁹ Ähnlich ist es mit der Gewaltenteilung, die in Deutschland ebenfalls als institutionelle Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips aufgefasst wird.⁴⁰ Soll die Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative funktionieren, so setzt dies jedenfalls die Existenz einer frei gewählten gesetzgebenden Körperschaft voraus, denn erst die Wahl verschafft dem Parlament die notwendige Legitimation, um wirksam als Gegengewicht und Kontrolleur der Regierung tätig zu werden.

Umgekehrt darf nicht übersehen werden, dass die Demokratie ihrerseits eine funktionierende rechtsstaatliche Infrastruktur voraussetzt. Denn demokratische Mehrheitsentscheidungen gehen aus einem komplexen, vielfältig gestuften Prozess öffentlicher Meinungsbildung, Wahl und Kontrolle hervor, der nach festen Regeln ablaufen muss, wenn Transparenz und gleichberechtigte Partizipation aller gewährleistet sein sollen. Die Mitwirkungsrechte der an diesem Prozess beteiligten Akteure, von dem einzelnen Bürger über die Medien bis hin zu den politischen Parteien und Wahlkandidaten, sind Gegenstand eines dichten Geflechts verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Regelungen, die von den Grundrechten der Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit über die Regelungen der Parteienfinanzierung

³⁹ BVerfGE 49, 89 – Kalkar I.

⁴⁰ E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, Rn. 46.

und des Zugangs der Parteien und Wahlbewerber zu den öffentlichen Kommunikationsmitteln bis hin zur Ausgestaltung des Wahlsystems reichen. Bei ihrer Anwendung ergeben sich vielfache Zweifels- und Streitfragen; sollen sie ohne Schaden für die Integrität des demokratischen Prozesses entschieden werden, so muss dies in einem Verfahren geschehen, das den Anforderungen der Unparteilichkeit und der Objektivität genügt, d.h. nach rechtsstaatlichen Grundsätzen. In Betracht kommen entweder die „ordentlichen“ Verwaltungs- bzw. Verfassungsgerichte oder spezielle „Wahlgerichte“, die nach quasi-justiziellen Grundsätzen organisiert sind. Einige Verfassungen messen der Gewährleistung freier Wahlen einen so hohen Stellenwert bei, dass sie die für die Wahlorganisation und -überprüfung zuständigen Stellen zu einer eigenständigen vierten Staatsgewalt verselbstständigt haben, die neben Legislative, Exekutive und Rechtsprechung steht.⁴¹

2. Einige vorläufige Schlussfolgerungen für die Entwicklungszusammenarbeit

Neben historischen Gesichtspunkten sprechen folglich auch inhaltliche und systematische Gründe gegen eine getrennte Betrachtung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Aus ihren demokratischen Bezügen kann man die Rechtsstaatlichkeit nur lösen, wenn man ihre symbiotische Beziehung zu den Grundrechten einerseits, zur Gewaltenteilung als Fundamentalprinzip der staatlichen Ordnung andererseits ausblendet⁴² und sich weitgehend auf die Unabhängigkeit der Justiz, die Justizgrundrechte und die Umsetzung dieser Rechte durch das einfache Recht, insbesondere das Verfahrensrecht, beschränkt. Allerdings wird auf diese Weise zugleich die Einsicht in die realen historischen und politischen Bedingungen, unter denen Rechtsstaatlichkeit zur Geltung gelangt ist und von denen ihre Wirksamkeit maßgeb-

lich abhängt, verschüttet. Diese Einsicht ist aber für das Gelingen der Akkulturation rechtsstaatlicher Mechanismen und Einrichtungen in andersartigen politischen und kulturellen Kontexten von erheblicher Bedeutung. Die bereits zitierten Gründungsdokumente der europäischen und amerikanischen Regionalorganisationen lassen überdies erkennen, dass die Interdependenz dieser beiden Prinzipien in diesen Regionen jedenfalls im Kern allgemein anerkannt ist. Es fragt sich daher, ob es besondere, in der spezifischen Situation der Entwicklungsländer begründete Faktoren gibt, die eine Entkoppelung beider Ziele in der praktischen Entwicklungsarbeit dennoch als ratsam erscheinen lassen.

Für die Konzentration auf die Durchführung rechtsstaatlicher Programme, die nach Maßgabe des vorstehend beschriebenen „abgemagerten“ Rechtsstaatsbegriffs konzipiert sind, im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit könnten vor allem praktische Gesichtspunkte sprechen. Bei der Demokratie handelt es sich um ein anspruchsvolles Konzept zur Legitimierung politisch-administrativer Macht. Sie setzt nach dem vorstehend Ausgeführten zumindest die folgenden Elemente voraus: die Existenz eines Mehrparteiensystems, das durch einen friedlichen, aber effektiven Wettbewerb der Parteien um die politische Macht charakterisiert ist; eine demokratische Öffentlichkeit und ein Mediensystem, das verlässliche und umfassende Information und freie Meinungsbildung ermöglicht; die Existenz unabhängiger und unparteiischer Institutionen, die über die Durchführung fairer und freier Wahlen wachen und für die Einhaltung der hierfür geltenden Regeln sorgen. In vielen Entwicklungsländern sind mehrere oder alle dieser Voraussetzungen nicht gegeben, beginnend mit der Existenz eines funktionierenden Mehrparteiensystems und einer pluralistischen, unabhängigen Medienlandschaft. Die Schaffung dieser Strukturen ist mühselig und verlangt einen erheblichen Aufwand an Zeit und Geld. Selbst in manchen europäischen Ländern existieren bekanntlich zersplitterte und dysfunktionale Parteienstrukturen, lassen fragwürdige Finanzierungsmethoden das Vertrauen der Wähler in die Transparenz des politischen Prozesses

⁴¹ Vgl. Art. 129 der nicaraguanischen Verfassung, in Anlehnung an die kubanische Verfassung von 1940; ähnlich Art. 99 ff. der Verfassung Costa Riccas.

⁴² Zu dieser Dualität des Rechtsstaatsprinzips s. E. Schmidt-Aßmann, a.a.O. (Fußnote 40), der insoweit von der Entfaltung des Rechtsstaatsprinzips als „subjektiver Statusordnung“ einerseits und als „objektiver Funktionenordnung“ spricht.

schwinden, ist eine Konzentration von Medienmacht in den Händen einiger weniger und eine Durchlöcherung des Prinzips der Trennung von publizistischer und politischer Macht zu beobachten. Umso schwieriger muss die Schaffung transparenter demokratischer Strukturen in Ländern erscheinen, die über keine gefestigte demokratische Tradition verfügen. Demgegenüber erscheinen Reformen des Justizsektors als vergleichsweise einfach: die Verankerung der Unabhängigkeit der Gerichte in der Verfassung, die Reform der Gerichtsorganisation, die Schaffung neuer Verfahrensgesetze – all dies lässt sich mit begrenzten Mitteln bewerkstelligen und verspricht zumeist auch rasch sichtbare Resultate. Auf der anderen Seite folgt aus dieser Beobachtung aber auch: je schwieriger ein Reformprozess sich gestaltet, umso früher sollte man damit beginnen. Gerade weil demokratische Reformen zumeist erhebliche Zeit brauchen, bis sie in der politischen Klasse, bei den zivilgesellschaftlichen Organisationen und den Bürgern ankommen und von ihnen angenommen werden, ist hier ein langfristiges und kontinuierliches Engagement im Sinne der oft beschworenen Nachhaltigkeit von besonderer Bedeutung. Dies spricht dagegen, demokratische Reformen auf die „lange Bank“ zu schieben.

Ein anderer entwicklungspolitischer Ansatz sieht in der Konzentration auf rechtsstaatliche Reformen hingegen eine besonders raffinierte Form der Demokratisierung. Danach ist bei rechtsstaatlichen Reformen im Hinblick auf ihren „technischen“ Charakter und den erwarteten Nutzen für die wirtschaftliche Modernisierung des Landes mit wesentlich geringeren Widerständen zu rechnen als bei der Propagierung von demokratischen Reformen, die mehr oder minder offen die bestehende Machtverteilung im Empfängerland zur Diskussion stellen. Auf der anderen Seite führten erfolgreich durchgeführte rechtsstaatliche Reformen dazu, dass verstärkt Forderungen nach einer „Öffnung“ der staatlichen Politik erhoben würden; unter dem Schutz der rechtsstaatlichen Institutionen könnten solche Forderungen auch mit geringem Risiko als vorher aufgestellt werden. Die Einführung der Rechtsstaatlichkeit erscheint hier gewissermaßen als das „trojanische Pferd“ der Demokratisierung.

Indes bestehen empirische Anhaltspunkte dafür, dass die innere Notwendigkeit der Entwicklung von der Rechtsstaatlichkeit zur Demokratie in der Theorie erheblich zwingender erscheint als sie in der politischen Praxis tatsächlich ist. Rechtsstaatsprogramme können zwar durchaus auch zur Vorbereitung demokratischer Reformprozesse genutzt werden, insbesondere sofern sie der materiellen Rechtsstaatskonzeption im oben (III.) beschriebenen Sinne verpflichtet sind. Über die Bereitschaft autoritärer Regime, solche demokratischen Reformen dann auch tatsächlich zu akzeptieren, ist damit aber nichts ausgesagt. Unter dem Druck der Globalisierung waren in den vergangenen anderthalb Jahrzehnten fast alle Staaten bereit, rechtsstaatliche Reformen durchzuführen. Diese Bereitschaft ist nicht überraschend, werden doch solche Reformen meist als unentbehrliches Instrument zur Modernisierung der eigenen Wirtschaft angesehen und von den Industrieländern und internationalen Geberorganisationen meist auch großzügig gefördert. Es ist kein Zufall, dass gerade im Wirtschaftsvölkerrecht die normative Verankerung rechtsstaatlicher Grundsätze und ihre Kontrolle durch unabhängige Spruchkörper in den letzten zwei Jahrzehnten solch bemerkenswerte Fortschritte gemacht haben (s.o. II.1.). Unabhängige Gerichte gewährleisten größere Rechtssicherheit und leisten damit einen Beitrag zur Schaffung verlässlicher Rahmenbedingungen für ausländische und inländische Investoren. Zugleich können sie zur Bekämpfung der Korruption in der staatlichen Bürokratie eingesetzt werden: eine effiziente Verwaltung ist heute ebenfalls ein wichtiger Faktor im globalen Standortwettbewerb. Es ist aber eine Sache, die Notwendigkeit der wirtschaftlichen Modernisierung zu erkennen und ihr durch rechtsstaatliche Modernisierung Rechnung zu tragen, und eine völlig andere, den Verlust des eigenen Monopolanspruchs auf die politische Macht als Folge solcher Reformprozesse hinzunehmen. Mindestens ebenso plausibel erscheint die Erwartung, dass ein autoritäres Regime nicht davor zurückschrecken wird, Reformprozesse anzuhalten oder sogar zurückzudrehen, sobald es durch diese Prozesse seine Machtposition ernsthaft gefährdet sieht.

Dies aber bedeutet, dass es nicht nur keinen Automatismus gibt zwischen der Durchführung rechtsstaatlicher Reformen und Demokratisierung. Es bedeutet auch, dass rechtsstaatliche Reformen ohne Demokratisierung rascher an ihre Grenzen stoßen. Machen etwa die Gerichte von ihrer Unabhängigkeit Gebrauch, um die Freiheitsrechte der Bürger zu schützen, und erweitern sie dadurch die Handlungsspielräume der politischen Opposition oder von Bürgerrechtsgruppen, so kann dies leicht zu einer feindseligen Reaktion der Regierung und einer entsprechenden Einschränkung der richterlichen Autonomie führen (z.B. durch konsequente Besetzung des Obersten Gerichts mit Gefolgsleuten der Regierung, Rechtsweg- und Rechtsmittelbeschränkungen etc.). Da mangels Demokratisierung eine Bildung von echter politischer Gegenmacht nicht stattgefunden hat, bleibt die Rücknahme oder die Umkehr des Reformprozesses für die Regierung politisch folgenlos (von der Möglichkeit der Streichung internationaler und ausländischer Fördermittel einmal abgesehen). Letztlich bleibt daher die Einführung rechtsstaatlicher Institutionen und Verfahren, die nicht in einen demokratischen Reformprozess eingebettet wird, in hohem Maße prekär und störungsanfällig.

QUESTIONNAIRE

When discussing the issue of the relationship between rule of law and democracy in your particular country, you should address the questions indicated below. These questions are intended to serve as guidelines which ensure a uniform structure of all country reports. However, feel free to give to some of the issues mentioned greater emphasis than to others if you feel that this is necessary to adequately describe the specific situation of your country. You may also add elements which are not explicitly mentioned in the questions if you think that this is indispensable in order to get a more complete picture of the relationship between rule of law and democracy in your country. The reports should be written as integrated narratives, using the questions as chapter and section headings.

Bei der Erörterung des Verhältnisses zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in Ihrem jeweiligen Land werden Sie gebeten, die nachfolgend aufgeführten Fragen zu erörtern. Die Fragen verstehen sich als Leitfaden, die eine möglichst einheitliche Struktur aller Länderberichte sicherstellen sollen. Es steht Ihnen jedoch frei, einige Fragen ausführlicher zu erörtern als andere, wenn Sie der Auffassung sind, dass dies den speziellen Gegebenheiten Ihres Landes besser gerecht wird. Sie können auch Punkte ergänzen, die im Fragebogen nicht explizit angesprochen sind, sofern dies Ihrer Ansicht nach für eine umfassende Analyse des Verhältnisses zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in Ihrem Land erforderlich ist. Die Berichte sollten als fortlaufende Texte geschrieben werden, in denen die Fragen als Kapitel- und Abschnittsüberschriften auftauchen.

A. CONSTITUTIONAL HISTORY

A. VERFASSUNGSGESCHICHTE

I. What was the prevailing concept of rule of law at the time the Constitution of your country was framed?

Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in Ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

II. What was the concept of democracy which prevailed among the framers of the Constitution when the document was drafted? In particular, what was the prevailing view of popular sovereignty as the basis of democracy? Was it seen as an essentially unfettered power of the people, or as a power amenable to regulation in respect of the different forms of its exercise (constitutional referenda, ordinary referenda, elections)?

Welches war das Demokratieverständnis, von dem sich die Autoren der Verfassung leiten ließen? Wie wurde insbesondere die Volkssouveränität als Grundlage der Demokratie aufgefasst? Wurde sie als ursprüngliche und uneingeschränkte Gewalt des Volkes angesehen oder als eine Gewalt, die im Hinblick auf die verschiedenen Formen ihrer Ausübung (Verfassungsreferenden, Volksabstimmungen, Wahlen) einer Regulierung bzw. Verrechtlichung zugänglich war?

III. Was there any discussion, at the time of the drafting of the Constitution, about the relationship between democracy and rule of law? If so, were these principles seen as complementary or rather as antagonistic? Were both principles seen as being placed on an equal footing, or was

there some form of hierarchy deemed to exist between them?

Gab es im Zeitpunkt der Entstehung der Verfassung eine Debatte über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit? Falls ja, wurden diese Prinzipien vorwiegend als komplementär oder eher als antagonistisch angesehen? Wurden beide Prinzipien als gleichrangig betrachtet, oder ging man im Gegenteil davon aus, dass eine Hierarchie zwischen ihnen besteht?

B. RULE OF LAW AND DEMOCRACY IN THE FRAMEWORK OF THE CONSTITUTION

B. RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER VERFASSUNG

I. Has the principle of rule of law been incorporated into the Constitution? If not, is the rule of law recognised as an unwritten principle of the Constitution?

Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Wenn nicht, ist es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

II. To which extent, and in which form have each of the following elements of the rule of law been incorporated in the Constitution: a) principle of legality, b) requirement of a statutory authorization of interferences with individual rights, c) access to the courts in case of the alleged violation of individual rights, d) independence of the judiciary, e) guarantees of a fair trial and related guarantees, especially of the principles of „ne bis in idem“ and no punishment without law?

In welchem Umfang und in welcher Weise sind die folgenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip), b) Vorbehalt des Gesetzes, c) Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte, d) Unabhängigkeit der Gerichte, e) Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien, insbesondere das Verbot „ne bis in idem“ und das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“?

III. Has the principle of democracy been incorporated into the Constitution? If not, is democracy recognised as an unwritten principle of the Constitution?

Ist das Demokratieprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Falls nein, ist die Demokratie als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

IV. To which extent, and in which form have each of the following elements of democracy been incorporated in the Constitution: a) popular sovereignty, b) forms of representative and participatory, i.e. direct democracy, c) constitutional guarantees of a genuine multi-party competition, d) the right to vote, and the right to stand in genuine periodic elections held in accordance with the principles of universal, equal and secret ballot, e) electoral monitoring and justice by independent bodies (i.e. either by ordinary courts or by special electoral tribunals endowed with the guarantees of autonomy and independence)?

In welchem Umfang und auf welche Weise sind die folgenden Bestandteile des Demokratieprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Volkssouveränität, b) Formen der repräsentativen und der partizipativen, d.h. direkten Demokratie, c) Verfassungsgarantien eines echten Mehrparteiensystems, d) das Recht in echten, wiederkehrenden Wahlen zu wählen und gewählt zu werden, nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl, e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Körperschaften (d.h. entweder durch die ordentlichen Gerichte oder durch spezielle, mit den Garantien der Autonomie und Unabhängigkeit ausgestattete Wahlgerichte)?

C. RULE OF LAW AND DEMOCRACY IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

C. RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

I. How has the constitutional principle of rule of law been interpreted in the jurisprudence of the Constitutional Court/Supreme Court? In particular, does

the Court adopt a broad version of the rule of law stressing its substantive, liberty-protecting elements, or does it rather stick to a formal rule of law, reducing the concept to certain formal qualities of the law, like the clarity and predictability of legal rules, the protection of legitimate expectations etc.?

Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts/Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten, die freiheitsschützenden Elemente betonenden Interpretation der Rechtsstaatlichkeit oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

II. Does the Constitutional Court recognise separation of powers as an element of the rule of law? If the latter applies, what consequences does this imply for a) the relations between the judiciary and the political branches of government and b) the relationship between the executive and the legislature?

Erkennt das Verfassungsgericht die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips an? Wenn Letzteres zutrifft, welche Auswirkungen hat das a) für das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den politischen Gewalten und b) das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative?

III. To which extent are fundamental rights seen as forming part of the rule of law? If they are recognised in principle as forming part of the rule of law, does this also apply to the political rights, i.e. freedom of opinion, freedom of assembly, freedom of association etc.?

Inwieweit werden die Grundrechte als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen? Sofern sie als Elemente der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, gilt dies auch für die „politischen“ Grundrechte, d.h. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit?

IV. Does the Constitutional Court/Supreme Court define the elements which form part of the democracy established by the Constitution? What are those elements? Are they defined in a broader or a more narrow manner?

Hat das Verfassungsgericht/der Oberste Gerichtshof die Elemente definiert, die Bestandteil des Demokratieprinzips sind? Welche sind diese Elemente? Werden sie weit oder eher eng ausgelegt?

V. Does the Court define the principle of popular sovereignty? If it does, does the Court embrace the model of unfettered sovereignty or a concept of sovereignty which is amenable to constitutional and legal regulation and independent control?

Definiert das Gericht das Prinzip der Volkssouveränität? Sofern dies der Fall ist, folgt es dem Konzept der uneingeschränkten Volkssouveränität oder eher einem Konzept, das die Volkssouveränität der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung sowie der gerichtlichen Kontrolle unterwirft?

VI. Does the case law of the Court address the relationship between rule of law and democracy? If this is the case, does it tend to view the relationship in complementary or rather in antagonistic terms?

Wird in der Rechtsprechung des Gerichts das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesprochen? Falls ja, wird dieses Verhältnis eher als Komplementär- oder als Spannungsverhältnis gedeutet?

D. RELATIONSHIP BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY IN PRACTICE

D. DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

I. To which extent has the rule of law been successfully implemented in your country, in particular with a) respect of the political branches for the independence of the judiciary and b) the willingness of the political branches to observe and to implement court rulings curtailing their powers?

Inwieweit ist die Rechtsstaatlichkeit in Ihrem Land erfolgreich verwirklicht, insbesondere mit Blick auf a) die Achtung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die politischen Gewalten und b) die Bereitschaft der politischen Gewalten, Gerichtsentscheidungen, die ihre Befugnisse beschneiden, zu befolgen und umzusetzen?

II. To which extent has the principle of democracy been implemented in your country, especially with regard to the acceptance and protection a) of genuine multi-party competition and b) the organization and monitoring of free and fair elections at regular intervals under the authority of independent electoral bodies?

Inwieweit ist die Demokratie in Ihrem Land verwirklicht, insbesondere mit Blick auf den Schutz und die Förderung a) eines echten Mehrparteien-Systems und b) die in regelmäßigen Abständen erfolgende Organisation und Überwachung freier und fairer Wahlen unter der Kontrolle unabhängiger Wahlkörperschaften?

III. If there are deficiencies in respect of I. or II. or to both, what are the causes? Would you say that the implementation of one principle of the two principles has made greater progress in your country than the other? If so, what are the reasons for this difference? What has been the interaction between both principles in your country? What are the negative and positive results of such interaction with regard to the implementation issue?

Falls es Defizite in Bezug auf I. oder II. gibt, was sind die Ursachen für diese Defizite? Würden Sie sagen, dass die Implementierung des einen oder des anderen Prinzips in Ihrem Land weiter vorangeschritten ist? Falls ja, was sind die Gründe für den unterschiedlichen Implementierungsgrad? Welche Wechselwirkungen zwischen beiden Prinzipien lassen sich in Ihrem Land beobachten? Was sind die Konsequenzen dieser Wechselwirkung für die Implementierungsfrage?

E. CONCLUSIONS

E. BEWERTUNG UND AUSBLICK

What are the lessons to be learned from the experiences described under A. to D. above for the question whether priority should be given to rule of law programmes over democratic reforms in the work of national and international development organizations?

Welches sind die Schlussfolgerungen, die aus den Ausführungen unter A. bis D. für die Frage gezogen werden können, ob in der Arbeit nationaler und internationaler Einrichtungen der Entwicklungskooperation Rechtsstaatsprogrammen der Vorzug vor der Förderung demokratischer Reformen gegeben werden sollte?

LÄNDERBERICHTE

ÄGYPTEN

Abdul-Monem Al-Mashat

EINFÜHRUNG*

Es besteht kein Zweifel darüber, dass Demokratie auf Rechtsstaatlichkeit als einem universellen Wert mit ausnahmsloser Anwendung auf alle Bürger aufgebaut ist. Sowohl politische Denker als auch Rechtspraktiker Westeuropas verfechten seit dem 17. Jahrhundert die Idee der Rechtsstaatlichkeit als Wesenszug einer demokratischen Gesellschaft. Nichtsdestotrotz gibt es Differenzen in der Begriffsdefinition von Demokratie zwischen denen, die in politischen Termini, z.B. Freiheit (*liberty* und *freedom*), denken und jenen, die Demokratie als Gleichberechtigung begreifen. Für die erste Gruppe ist die Rechtsstaatlichkeit der dominante politische Wert (liberale Demokratie), während sie diese Rolle nicht für die zweite Gruppe spielt (sozialistische Demokratie). Eine Gesellschaft mit Rechtsstaatlichkeit ist die Gesellschaft, die Ziele wie Gesetz und Ordnung, eine Regierung, die durch die Gesetze gebunden ist, Menschenrechte, Gleichberechtigung vor dem Gesetz, vorhersehbares Gesetz und Ordnung und effiziente Regelungen verkörpert.¹

Dagegen sind in den autoritären Regimen eine Einseitigkeit in der Auslegung der Gesetze bzw. ein Fehlen von Gleichberechtigung vor dem Gesetz, ein Mangel an Verantwortlichkeit der Regierungen und ein Mangel an Respekt der Menschenrechte zu erkennen. Diese Regime, obgleich

sie solide Verfassungen haben, fordern einen langsamen Demokratisierungsprozess und ihnen bangt vor abrupten Wechseln, die eventuell Instabilität mit sich bringen. Dies trifft auf den Mittleren Osten und noch mehr auf die arabische Welt zu, wo das Interesse an universalen rechtlichen Normen gering ist. Man könnte behaupten, dass der Demokratisierungsprozess in der arabischen Welt, Ägypten eingeschlossen, als ersten Schritt Folgendes benötigt: eine allgemeine Stärkung des Rechtswesens, das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, ein Bewusstsein für die vorrangige Bedeutung von Integrität und Transparenz sowie Maßnahmen gegen Korruption. Es stellt sich die Frage nicht nur hinsichtlich dessen, was zuerst kommt: Rechtsstaatlichkeit oder Demokratie, sondern auch danach, ob die Länder eher eine langsame Entwicklung des politischen Prozesses gehen oder einen radikalen Wechsel vornehmen sollten.

Diese und andere Fragen sind äußerst wichtig sowohl für die wirtschaftlichen als auch politischen Entwicklungen, die starke, funktionsfähige und tragbare Gesellschaften fordern.

In diesem Bericht werden wir das Konzept der Rechtsstaatlichkeit innerhalb der Verfassungsgeschichte und des Rahmenwerks der Verfassung, Verfassungsrechtsprechung und Demokratie in der Praxis besprechen. Ferner werden wir untersuchen, ob die Verfassungsänderungen, die 2007 in Ägypten vorgenommen wurden, die Rechtsstaatlichkeit ergänzten oder sie gefährdeten.

* Der Autor möchte Frau Yasmine Zein Al-Abidine für ihre Unterstützung danken.

¹ Rachel Kleinfeld, *Competing Definitions of the Rule of Law: Implications for Practitioners*, No. 55, Carnegie Papers, Washington, Januar 2005, 3-5.

Darüber hinaus ist der Autoritarismus in der arabischen Welt nicht der, der er einmal war. Er scheint tatsächlich stärker, flexibler und stabiler als je zuvor zu sein trotz der besten Bemühungen der USA, ihrer EU-Partner und arabischer Demokraten, kontinuierliche und systematische politische Reformen in den letzten Jahrzehnten herbeizuführen. Die Regime haben sich einem Prozess unterzogen, der am besten als „Erweiterung des Autoritarismus“² beschrieben werden kann. Arabische Regime entwickeln explizit politische Strategien, um autoritäre Regelungen zu schaffen, die trotz der beständigen Forderungen nach politischem Wechsel ihre eigene Position zu stabilisieren und zu erhalten. Eine Regierung nach der anderen übernimmt die Rolle des Bewachers und Beschützers der Menschenrechte, während sie gleichzeitig unabhängige Menschenrechtsorganisationen unterdrücken³.

Rechtsstaatlichkeit ist ein verbindliches Mittel des Zusammenspiels von Regierung und Bürgern, das von politischen Denkern und Politikern verfochten wird. Aristoteles hat in seiner „Politik“ befürwortet, dass Könige gemäß den Gesetzen regieren sollen. Sowohl die English Petition of Grievance aus dem Jahre 1610 als auch die Magna Charta aus dem Jahre 1612 führten die Rechtsstaatlichkeit in England ein. Eine Regierung, die der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet ist, muss sich bei der Durchführung ihrer Beschlüsse an vorgeschriebene Gesetze halten und Gesetze durch bestehende legislative Mittel ändern. In diesem Fall und in dem Fall der Gleichberechtigung vor dem Gesetz müssen Gerichte und Justiz stark und unabhängig sein. Trotzdem ist es eine allbekannte Tatsache, dass Rechtsstaatlichkeit drei primäre Institutionen erfordert: Gesetze, unabhängige und effiziente Justiz und eine Macht, die fähig ist, das Gesetz zu vollziehen.⁴

I. VERFASSUNGSGESCHICHTE: RECHTLICHER RAHMEN DER ÄGYPTISCHEN VERFASSUNG

Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in Ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

Obwohl die Verfassungsgeschichte Ägyptens nicht mehr als anderthalb Jahrhunderte umfasst, war die Rechtsstaatlichkeit als Folge oder Ziel des politischen Prozesses und/oder als institutionelle Entwicklung nicht der Kern der Verfassungsdebatte. Die kann wie folgt herausgearbeitet werden:

1. **1882: Das Basic Statute** stellte den Beginn einer Verfassungsentwicklung dar. Khedive Ismael, einer der Erneuerer Ägyptens, ermächtigte die Zweikammer-Legislative, das fundamentale Statut zu erlassen und zu modifizieren. Zu erwähnen ist hier, dass die Zweikammer-Legislative in Ägypten zu jener Zeit eine der ersten Erfahrungen im demokratischen Prozess in der gesamten Region darstellte.
2. **1923: Die Verfassung** beinhaltet zum ersten Mal sowohl das parlamentarische System als auch die Prinzipien der Freiheit und Gleichheit, die nicht modifiziert werden können, auch nicht von der Monarchie. Diese Verfassung bestätigte das Konzept des Bürgerrechts als auch das der Gleichheit vor Gericht. Dies war ein wesentlicher Schritt, um die Ägypter gegen die britische Besatzung zu mobilisieren.
3. **1956: Die Einstweilige Verfassung** ersetzte alle Verfassungsdokumente und änderte die Monarchie in Demokratie. Trotzdem wurde die exekutive Gewalt, an deren Spitze der Präsident steht, mit überwältigender Macht im Vergleich zu Legislative und Judikative ausgestattet. Freiheits- und Gleichheitskonzepte waren in dieser Verfassung und den folgenden Verfassungen aus den Jahren 1958 und 1964 nicht vorhanden. In der Tat etablierte die Verfassung von 1956 das politische Einparteiensystem und schaffte das Mehrparteiensystem ab. Mit anderen Worten wurde die so genannte sozia-

² Steven Heydeman, Upgrading Authoritarianism in the Arab World; Analysis Paper, No. 13, Oktober 2007, p. vii.

³ Rachel Kleinfeld, op.cit., 7.

⁴ ebd., 16

listische Demokratie gegründet, die den Staatsapparat gegen die individuelle Freiheit ermächtigte.

4. **1971: Die Endgültige Verfassung** war das Ergebnis eines politischen Konflikts an der Spitze des Regimes. Dies bezeugte auch die Abwesenheit von Nasser, einem charismatischen Führer, der jedes Freiheitsprinzip überschattete und das Erscheinen von Sadat, der das Verfassungskomitee instruierte, eine endgültige Verfassung zu erstellen, womit eine neue Ära, eine Ära des wirtschaftlichen Liberalismus und der politischen Vielfalt, eingeführt wurde. In dieser Verfassung wurde der Schwerpunkt nicht auf die rechtliche Basis von Freiheit gelegt. Hervorgehoben wurde nur die ökonomische Grundlage des Systems in ständiger Wiederholung des Einparteiensystems und des Apparats des öffentlichen Sektors.

Nichtsdestotrotz führte Sadat 1980 ein Änderungspaket ein, das ihm unbegrenzte Amtszeiten als Präsident durch ein öffentliches Referendum verlieh. Er schaffte das Einparteiensystem ab und führte an seiner Statt das Mehrparteiensystem ein. In Artikel 2 wurde das islamische Recht als prinzipielle Quelle der Legislative eingeführt, während Artikel 5 besagt, dass das politische System ein Mehrparteiensystem innerhalb der Hauptprinzipien der ägyptischen Gesellschaft ist, welches an sich das Recht der politischen Parteiengründung begrenzte. In Artikel 77 ist eine Amtszeit des Präsidenten von 6 Jahren vorgesehen, die auf unbestimmte Zeit verlängert werden kann. Außerdem wurde in der Verfassung der Shura Council, ein konsultativer Senat, als zweite legislative Kammer gegründet. Das wichtigste Element ist die Etablierung der Medien als vierte unabhängige Autorität. In Artikel 207 wurde die Freiheit und Unabhängigkeit der Medien bei der Ausführung ihrer Funktionen und Pflichten festgelegt. In der Tat wurde in der Verfassung eine Reihe von Rechten bestimmt, die Journalisten in der Ausübung ihrer Arbeit schützen. Es wurde der Hohe Rat des Journalismus gegründet, um die Freiheit der Journalisten und ihre Unabhängigkeit zu garantieren, solange sie die nationale Einheit und den sozialen

Frieden nicht gefährden. Solche vagen und unbestimmten Klauseln stellten die Mittel der Regierung dar, Journalisten zu überwachen und zu kontrollieren.

Zurückblickend bestand der Kern der Modifizierungen im Jahre 1980 in dem Artikel 77, der dem Präsidenten lebenslange Macht zugestand und der als Kernartikel in den Verfassungsänderungen von 2007 weiter fortbestand. Außerdem wurde dem Präsidenten durch den Artikel 74 im Fall eines – nach seinem Erachten – Notstandes außerordentliche Macht verliehen, zusätzlich zu seinem Recht, laut Artikel 148 den Notstand auszurufen. Es gibt andere Artikel, in denen Rechtsstaatlichkeit und persönliche Freiheiten faktisch beschränkt werden, wie Artikel 209, der Privatpersonen untersagt, eine Zeitung herauszugeben. Dieses Recht war den politischen Parteien und anderen Unternehmen vorbehalten. Außerdem wurde durch Artikel 179 der *Public Socialist Attorney* eingeführt, dessen Funktion darin bestand, die Menschenrechte, die Staatssicherheit, das politische System und die sozialistischen Errungenschaften zu schützen. Ihm wurde eine fast absolute Autorität gegenüber verdächtigen Personen, die sich eventuell dem Regime widersetzen, verliehen, wie die Konfiszierung von Privateigentum und die Inhaftierung von verdächtigen Personen ohne jegliche Kautions.

II. RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER VERFASSUNG

Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Wenn nicht, ist es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

Die neuesten Verfassungsänderungen aus den Jahren 2005 und 2007 werfen die Frage auf, ob Rechtsstaatlichkeit im Mittelpunkt der politischen und konstitutionellen Debatten stand. Berechtigterweise kann man darauf hinweisen, dass zwischen 1982 und 2000 das Regime, dessen Oberhaupt der Präsident ist, immer wieder betonte, dass an Verfassungsänderungen nicht zu denken sei. Trotzdem unterbreitete der Präsident im Februar 2007 auf Druck der USA, der EU und der Demokratisierungsforderung im Mittleren Osten

den Änderungsvorschlag des Artikels 76, in dem direkte Wahlen des Präsidenten unter einer Anzahl von Kandidaten gefordert werden. Trotzdem waren die Bedingungen für die Gleichberechtigung der Kandidaten äußerst schwierig, außer für den Kandidaten der herrschenden National Democratic Party (NDP).

Es ist richtig, dass Kapitel 3 der Verfassung, überschrieben mit: „Freiheit, Rechte und Pflichten“, persönliche Freiheit und Rechtsstaatlichkeit untermauert und insbesondere die Unverletzbarkeit des Privatlebens, Meinungsfreiheit, Freiheit der Presse, des Drucks, der Veröffentlichungen und der Massenmedien, Freiheit von wissenschaftlichen Forschungen, von privaten Versammlungen, der Gründung von Gewerkschaften und Vereinigungen auf demokratischer Basis schützt. Jedoch werden in Artikel 179, in dem die Antiterrormaßnahmen und -gesetze beinhaltet sind, die persönlichen Rechte, wie sie in Artikel 3 aufgeführt werden, eingeschränkt.

In der Verkündung der Verfassungsänderungen im Jahre 2007 gibt es Aussagen hinsichtlich des Vorrangs des Gesetzes und der Menschenwürde: „Die Rechtssouveränität ist nicht nur eine Garantie für die Freiheit des Individuums, aber auch die Garantie für Autoritätslegitimierung“. In der Zwischenzeit wurde in der Verfassung die Gleichheit vor dem Gesetz anerkannt und die persönliche Freiheit als nationales Recht festgesetzt, das, außer im Straffall, nicht verletzt werden darf. Weiterhin ist die Wohnung unantastbar und sie darf nicht betreten werden ohne eine Berechtigung, die vom Gesetz vorgeschrieben ist. Diese Rechte wurden durch den Erlass des Artikels 179 vollkommen entfernt.

In diesen Fällen unterliegt der Staat der Geltendmachung des Gesetzes. Sowohl das Gericht als auch der Oberste Gerichtshof arbeiten unabhängig von der Exekutive trotz der Tatsache, dass der Justizminister, ernannt vom Präsidenten, in beiden Fällen eine erhebliche Rolle spielt.

Im Dezember 2006 sandte der Präsident eine Nachricht an beide Kammern mit der

Anfrage der Änderungen von 34 Artikeln der Verfassung aus dem Jahre 1971. Er stellte folgende Ziele heraus, die durch diese Änderungen erreicht werden sollten:

- größere Bemächtigung der Überprüfungsrolle der Volksversammlung (die obere Kammer) gegenüber der Regierung,
- größere legislative Rolle des *Shura Council* (die untere Kammer),
- größere Einschränkungen der unbegrenzten Autorität des Präsidenten,
- neues Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus, das die Bürgerrechte nicht beeinträchtigt, und
- Ermächtigung der politischen Parteien und Verbesserung ihrer Rollen sowohl in den Präsidentschaftswahlen als auch in den legislativen Wahlen.

Beide Kammern genehmigten die Änderungen im März 2007, die daraufhin durch ein nationales Referendum von den Ägyptern bewilligt wurden. Es gab einige Übereinstimmungen in den Zusätzen zu den 32 Artikeln, deren Änderung in der Verfassung überfällig war. Trotzdem sind nationale Unterschiede und Unstimmigkeiten deutlich und offensichtlich hinsichtlich zweier wesentlicher Artikel, dem Kern der Änderungen: Artikel 88 und Artikel 179. Vor den Änderungen überwachten und kontrollierten gemäß Artikel 88 normalerweise Richter während der Wahlen jede Wahlkabine in allen Wahlbezirken. Dies erwies sich als wirksamer Garant für Integrität, Transparenz und Nichteinmischung der Exekutive oder Verwaltung. Trotzdem sah die Änderung die Gründung der Hohen Wahlkommission mit pensionierten Richtern und öffentlichen Personen vor, um die Wahlen ohne richterliche Kontrolle in jedem Wahlbezirk zu prüfen. Dies wurde von den meisten Parteien, unabhängigen Mitgliedern der legislativen Bereiche, Nichtregierungsorganisationen und auch Zivilgesellschaftsaktivisten aus Angst, dass zugunsten der NDP die Wahlen manipuliert würden, vollkommen abgelehnt. Solch ein Betrug, der die Gleichberechtigung der Kandidaten ungeachtet ihrer politischen oder ideologischen Orientierung bedrohte, beeinträchtigte dramatisch die Wahlen des *Shura Council* im Jahre 2007, wo einzig und allein NDP-Kandidaten die Wahlen gewannen.

In Artikel 179, der die Antiterrormaßnahmen und -gesetze beinhaltet, können persönliche Freiheiten und Rechte, die in Kapitel 3 festgelegt sind, insbesondere in den Artikeln 41, 44 und 45⁵, gefährdet werden. Darüber hinaus sieht Artikel 179 vor, dass dem Präsidenten außerordentliche Autoritäten verliehen werden, womit er das Recht hat, angeklagten oder verdächtigen Personen Gerichtsverhandlungen mit ihren gesetzlichen Richtern bei einem Zivilgericht abzuweisen und sie auf Militärgerichte zu verweisen. Diese außerordentliche Bevollmächtigung tritt an die Stelle des Notstandsgesetzes, wonach angeklagte Personen vor Zivilgerichten erscheinen.

Darüber hinaus gibt es keine Definition über terroristische Handlungen, zum Beispiel kann die Exekutive einige politische Aktivitäten wie Demonstrationen, Streiks und Proteste als terroristische Tätigkeit einstufen, was der Polizei und den Sicherheitskräften erlaubt, das persönliche Recht und das Recht auf Unantastbarkeit der Wohnung zu verletzen und Personen vor das Militärgericht zu bringen. In der Tat werden damit die Zivilgerichte der natürlichen Rechtsprechung enthoben, was die Rechtsstaatlichkeit definitiv bedroht.

Zu den Änderungen müssen wir hinzufügen, dass Artikel 1 einen großen Wandel erfahren hat von „Die Arabische Republik

Ägypten ist ein Sozialistischer Demokratischer Staat, der auf dem Völkerbündnis basiert ...“ hin zu: „Die Arabische Republik Ägypten ist ein Sozialistischer Demokratischer Staat, der auf *Bürgerschaft* basiert ...“. Der Artikel führt zwei neue Konzepte ein: Demokratie auf der einen Seite und Bürgerschaft auf der anderen. Während Ersteres, seitdem die ägyptische Wirtschaft sich 1974 in eine freie Marktwirtschaft wandelte, noch änderungsbedürftig ist, trägt Letzteres bereits wesentlich zur nationalen Homogenität und Gleichberechtigung zwischen Muslimen und Kopten bei.

Über die Verfassungsänderungen hinaus wies das Gesetz 18 aus dem Jahr 2007, in dem einige Artikel hinsichtlich politischer Bürgerrechte aus dem Gesetz 73 von 1956 verändert wurden, ebenfalls einige Änderungen auf. Artikel 1 erteilt Ägyptern, Männern und Frauen, die ihr 18. Lebensjahr vollendet haben, folgende politische Rechte:

- Wahlrecht im Referendum,
- Wahlrecht in Präsidentschaftswahlen, legislativen Wahlen und Senatswahlen.

Militär- und Streitkräfte sind aufgrund ihres aktiven Status nicht wahlberechtigt.

Im ersten Kapitel des Gesetzes wird die Gründung der Oberen Wahlkommission festgelegt, zur Überprüfung der nationalen Wahlen mit Ausnahme der Präsidentschaftswahlen, die von einer anderen „unabhängigen Kommission“ überprüft werden. Die Obere Wahlkommission ersetzt die richterliche detaillierte Prüfung und ordnet sie der Verwaltung zu. Die Intellektuellen Ägyptens, Experten, unabhängige Politiker und Partisanen haben ihre große Unzufriedenheit sowohl über diese Verfassungsänderungen als auch über die Änderungen des Wahlrechts zum Ausdruck gebracht und sind skeptisch, was die Absichten der Legislative betrifft. Im Jahr 2006 gewannen in den legislativen Wahlen, sowohl im ersten als auch im zweiten Durchgang, 88 Mitglieder der offiziell verbotenen Muslimbruderschaft die Mitgliedschaft in der Volksversammlung. Dies beunruhigte die Verwaltung und die NDP. Einige Veränderungen wurden eingeführt, um der Verwaltung zu erlauben, das

⁵ **Artikel 41:** Persönliche Freiheit ist ein natürliches Recht, geschützt und unveräußerlich. Mit der Ausnahme, dass jemand bei einer Tat frisch ertappt wird, darf niemand festgenommen, inhaftiert oder seiner Freiheit beraubt oder in seiner Bewegungsfreiheit behindert werden, außer im Falle einer Anordnung, die eine Untersuchung und den Schutz der Sicherheit der Gesellschaft erfordert. Solche eine Anordnung muss von einem ordentlichen Richter oder der Staatsanwaltschaft in Übereinstimmung mit den Gesetzesbestimmungen erlassen werden.

Artikel 44: Die Wohnung ist unverletzlich und kann nicht betreten oder untersucht werden ohne richterlichen Durchsuchungsbefehl, wie im Gesetz vorgesehen.

Artikel 45: Das Gesetz schützt die Unverletzlichkeit des Privatlebens der Bürger, dazu gehören das Brief- und Telefongehheimnis und sonstige Korrespondenzgeheimnis, die nicht konfisziert oder überwacht werden dürfen ohne Gerichtsbeschluss und nur für einen bestimmten Zeitraum, wie in den Gesetzesbestimmungen vorgesehen. www.egypt.gov.eg/english/laws/constitution/CAdocument.asp

Wahlverfahren genau zu untersuchen, zu beobachten und zu intervenieren, um so zu gewährleisten, dass eigene Kandidaten genügend Stimmen zum Gewinn der Wahl erhalten und dementsprechend andere von Stimmengewinnen auszuschließen. In der Tat präsentierten autonome Forschungszentren sowie Zivilgesellschaftsorganisationen ein alternatives Wahlrecht, Änderungen in den Strukturen der Hohen Wahlkommission und elektronische Registrierung der Wähler, um die Wahltsche von Mängeln zu befreien. Die Ziele sind die Verstärkung der Rechtsstaatlichkeit, die Bildung einer Basis für eine demokratische Praxis, und die Etablierung einer Vertrauensbasis bei den jungen Wählern dahingehend, dass ihre Stimmen gültig und wirksam sind.

III. RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts/Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten Version der Rechtsstaatlichkeit, die ihre wesentlichen, freiheitsschützenden Elemente betont, oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

In den Artikeln 165 und 166 wird bestätigt, dass das Gericht und die Richter vollkommen unabhängig sind. Keine andere Gewalt hat das Recht, in ihre Arbeit der Durchführung von Rechtsstaatlichkeit und Recht einzugreifen. Weiterhin wird durch Artikel 168 verhindert, Richter aus welchem Grund auch immer zu entlassen. Im Falle, dass Verhaltensregeln verletzt werden oder eine unethische Tätigkeit praktiziert wird, sorgt das Gesetz für die Rechenschaftspflicht der Richter. An der Spitze des Gerichtssystems steht der Staatsrat, der gemäß Artikel 172 eine unabhängige Justizgewalt ist. Er ist ermächtigt, einzugreifen und Bestimmungen zu erlassen in Fällen von verwaltungstechnischen Streitfragen als auch politischen

Streitfragen hinsichtlich abgelehnter neuer politischer Parteien. Zum Beispiel überprüft das Erste Amtsgericht im Hohen Verwaltungsgericht des Staatsrates Berufungen von abgelehnten neuen politischen Parteien durch das Politische Parteienkomitee im *Shura Council*. Dieses Amtsgericht untersucht nicht die politischen Aspekte des Falls; es überprüft, ob die Ablehnungsentscheidung auf legaler Rechtsprechung basierte. In der Tat wurde die Mehrzahl der ägyptischen politischen Parteien durch die Bestimmungen dieses Amtsgerichts angenommen und gegründet.

Der Höchste Gerichtshof ist gemäß Artikel 174 der Verfassung eine unabhängige juristische Gewalt mit Sitz in Kairo. Er ist die einzige Behörde, die darauf achtet, dass alle Gesetze und Bestimmungen verfassungsgemäß sind. Außerdem gibt er Erörterungen zu legislativen Bestimmungen und Gesetzen heraus. Ferner gewährleistet er, dass die Gesetze auf alle Ägypter ohne Diskriminierungen angewendet werden. Seine Beschlüsse sind endgültig und werden im offiziellen Amtsblatt veröffentlicht. Seine Richter können nicht entlassen werden. Er ist die einzige Behörde, die das Recht hat, die Integrität seiner Richter in Frage zu stellen. Der Höchste Gerichtshof ist das letzte Sicherheitsventil für die allgemeine Umsetzung des Rechts. Er ist die Behörde, die gewährleistet, dass alle Ägypter vor dem Gesetz gleich sind.

Aufgrund der wesentlichen und wirksamen Amtsbefugnis des Obersten Gerichtshofs legt die Exekutive die Gesetzgebungsvorhaben, bevor sie sie dem Gesetzgeber präsentiert, dem Höchsten Gerichtshof vor, damit überprüft und bestimmt wird, ob sie verfassungsgemäß sind. Ein Beispiel für diese Prozedur ist die Gründung der HEC (Hohe Wahlkommission) und die Festlegung ihres Zuständigkeitsbereichs. Dank seiner unabhängigen Rolle sind sowohl der Gesetzgeber als auch die Exekutive darauf bedacht, Regelungen und Gesetze innerhalb des Rahmens von Recht und Verfassung festzulegen. In der Tat fördert seine Unabhängigkeit und Wirksamkeit in der Bewahrung politischer Rechte der Individuen und Gemeinschaften die Ägypter darin, ihre politischen Rechte ohne große Angst vor der Exekuti-

ve wahrzunehmen. Nichtsdestotrotz vermitteln seine Bestimmungen das Gefühl, dass er sich in kritischen politischen Fällen, wie es die Gründung von politischen Parteien heutzutage ist, auf verfahrensrechtliche Belange konzentriert statt auf politische Logik.

Hierbei sollte erwähnt werden, dass im Jahre 2004 zum ersten Mal eine Frau als Richterin für den Höchsten Gerichtshof benannt wurde. Diese Entscheidung öffnete die Tür für die Mitwirkungsmöglichkeit von Frauen in anderen hohen richterlichen, legislativen sowie exekutiven Positionen.

IV. RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

Die Vormachtstellung der Rechtsstaatlichkeit und ihre universale Inkraftsetzung ohne jegliche Diskriminierung ist die Basis der Demokratie. Es ist wahr, dass das ägyptische Regime als Teil einer arabischen Autorität sich mit verschiedenen Abstufungen darum bemühte, einen gewissen Respekt vor der Rechtsstaatlichkeit und dem Demokratisierungsprozess zu bekunden. In dieser Hinsicht und in dem Bemühen, externe Befürchtungen zu zerstreuen, fand eine große Konferenz über die Demokratisierung in der arabischen Welt im Jahre 2005 in Alexandria statt, die anschließend zu einer jährlich stattfindenden Gelegenheit wurde, arabische demokratische Praktiken zu überprüfen und zu begutachten. Das Hauptziel dieser Operation resultierte in dem so genannten „Arab Reform Monitor“ bzw. im Demokratisierungsprozess. Es handelt sich um eine zweiteilige Konferenz, die auf der einen Seite immer wieder betont, dass die Demokratie das Ergebnis nationaler Kräfte sei und nicht von außen, d.h. von einem zuverlässigen Prozess auferlegt sein sollte, und auf der anderen Seite, dass es einen beständigen demokratischen Prozess in der arabischen Welt gibt. Beide Verfassungsartikel sowie empirische Fakten zeigen zweifellos, dass die Einführung des Gesetzes bis zu einem gewissen Grad selektiv auf der Basis der politischen Gewalt stattfindet. Politische Beteiligung basiert auf dem Umfang des Wohlstandes, insbesondere wenn Neureiche an die Macht kommen, als neues Phänomen der Ver-

bindung von Autorität und Wohlstand. Bestenfalls, wie oben angezeigt, kann das Regime seine autoritären Praktiken aufwerten und klären, indem es darauf hinweist, dass Demokratie ein langsamer Prozess ist und sein soll. Dies widerspricht der Demokratisierungsinitiative für den Mittleren Osten von George Bush im Jahr 2003. Es gibt keine sehr große Begeisterung von Seiten der arabischen autoritären Regime gegenüber solchen Initiativen und Änderungen. In der Tat entschieden einige arabische Regime, an deren Spitze Ägypten steht, eine Form von politischer Öffnung zuzulassen, um die Auswirkung der politischen Debatte auf den politischen Prozess von 2004 und 2005⁶ zu prüfen. Dies wurde von Zivilgesellschaftsaktivisten, einigen Intellektuellen, Politikern und Partisanen, sehr ernst genommen. Jedoch kam das Regime zu der guten alten Schlussfolgerung, dass die Öffnung des Systems für eine breite politische Teilnahme und die Durchsetzung der Rechtsstaatlichkeit ohne Diskriminierung die wesentliche Bedrohung für den Status quo darstellt. Es wurden vermehrt autoritäre Maßnahmen ergriffen, um die Rechte der Bürger zu zensieren, wie in der Verfassung differenziert. Tatsächlich besagt Artikel 74 der Verfassung, der unverändert aus der Verfassung von 1971 übernommen wurde: „Im Fall, dass eine Gefahr die nationale Einheit des Landes bedroht oder die Sicherheit des Grundgefüges oder die konstitutionelle Rolle der staatlichen Institutionen, muss der Präsident der Republik umgehend erforderliche Entscheidungen treffen, um der Gefahr entgegenzutreten, sowie dem Volk eine Erklärung abgeben und nötige Maßnahmen ergreifen, die für ein Referendum innerhalb von 60 Tagen vorgestellt werden müssen.“ Solche Maßnahmen, im Licht der sehr begrenzten öffentlichen Teilnahme an Wahlen und Referenden betrachtet, würden von einer großen Mehrheit bestätigt werden.

Dies bedeutet nicht, dass sich Regierungsbeamte und -vertreter in der Verteidigung der Rechtsstaatlichkeit mehr auf die oppositionellen Gruppen und gesetzlosen politischen Kräfte konzentrieren, die

⁶ Marina Ottaway (et al.), *The New Middle East*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC, 2008, 1.

an Popularität und Akzeptanz gewannen, je mehr sich die Regierung als korrupt und wenig transparent erwies. In einer bedeutenden regionalen Konferenz in Jordanien am 21. bis 23. Januar 2008 fand eine analytische Diskussion von Rechtsministern aus 19 arabischen Ländern über die Rechtsstaatlichkeit (Antikorruption und Justizreform) als ein integrierter Teil der *Initiative Good Governance for Development* (GFD) in den arabischen Ländern statt. Der Titel der „Deklaration des Toten Meeres“ stärkte tatsächlich die Rechtsstaatlichkeit und unterstützte die Einführung des UNCAC⁷ in den arabischen Ländern⁸. In diesem recht wichtigen Forum äußerte der Justizminister von Ägypten keinerlei Standpunkte hinsichtlich eines Diskussionsgegenstandes. Andere äußerten sich positiv, aber ohne aktiv zu werden, mit der Begründung, dass alle Behörden der Exekutive unterliegen.

Es gab eine ernsthafte Debatte in der Volksversammlung über eine Reihe von Themen bezüglich der universellen Realisierung der Rechtsstaatlichkeit dort, wo der Demokratisierungsprozess sich als unfähig und inkompetent für die Stärkung der Rechtsstaatlichkeit erweist.

2005 sank ein Schiff mit beinahe 1000 ägyptischen Passagieren. Der Eigentümer, eine führende Figur in der NDP, und sein Sohn wurden nach Großbritannien gebracht, bevor die Mittel der Rechtsstaatlichkeit auf sie angewendet werden konnten. Die Volksversammlung setzte ein Untersuchungskomitee ein, das einen substantiellen, detaillierten und neutralen Bericht anfertigte, der dem Eigentümer und seinem Sohn sowie den Regierungsagenturen die Schuld gab. Es gab nicht eine Strafmaßnahme gegen auch nur eine einzige Person bei diesem tragischen Unfall.

⁷ UNCAC bedeutet *United Nations Convention Against Corruption*.

⁸ Arabische Mitgliedsländer in der Initiative sind Jordanien, Vereinigte Arabische Emirate, Bahrain, Tunesien, Algerien, Sudan, Saudi-Arabien, Syrien, Irak, Oman, Palästinische Nationale Autorität, Qatar, Kuwait, Libanon, Ägypten, Marokko, Mauretanien und Jemen. UN-Konferenz gegen Korruption, die Erste Regionale Konferenz über die Eingliederung der UNCAC in den Arabischen Staaten, Totes Meer, Jordan, 21. Januar 2008.

Darüber hinaus wurde ein Antimonopolgesetz von der Volksversammlung mit langjähriger Verspätung aufgrund des Widerstandes von mächtigen Monopolinhabern in der Stahl- und Zementindustrie verabschiedet. Trotz der detaillierten rechtlichen Regelungen des Gesetzes, die Voraussetzungen für seine Anwendung sind, wurden sie nicht in Kraft gesetzt; einer der großen Monopolinhaber in der Stahlindustrie ist der Generalsekretär der Mitgliedschaft und Organisation der NDP. Genau genommen bewilligte am Ende der Amtszeit der Legislative die Volksversammlung (die Legislative) das Antimonopolgesetz, das strenge Strafen vorsah, da das Monopol in der Stahl- und Zementindustrie wirtschaftliche Leistungen erheblich beeinträchtigt und die Bauindustrie schädigt. Einen Tag später präsentierte besagter Monopolinhaber eine Änderung, die die Strafmaßnahmen außer Kraft setzte, und die Volksversammlung genehmigte die neue Änderung gegen den Willen aller Ägypter.

Die Zentrale Agentur für Rechenschaftspflicht, eine unabhängige Kontrollagentur, erstellte einen extrem kritischen Bericht, in dem Fälle von Korruption auf Regierungsseite sowie finanzielle Verschwendung vonseiten staatlicher Agenturen, einschließlich der Regierung selbst, aufgezeigt werden, aber keine der Empfehlungen dieses Reports wurde in die Tat umgesetzt.

Außerdem bewiesen die ägyptischen lokalen Wahlen am 8. April 2008, dass es eine Minderung, wenn nicht sogar Zurücknahme jeder demokratischen Reform im Land gab. In den Wochen vor den Wahlen eskalierten die Gewerkschaftsproteste und hatten ein hartes Vorgehen zur Folge, das letztendlich zwei Todesfälle und viele Verletzte erforderte. Die größte oppositionelle Kraft des Landes, die Muslimbruderschaft, rief im letzten Moment zu einem Wahlboykott auf. Die Wahlbeteiligung überstieg 5% nicht und die herrschende NDP, die konkurrenzlos war, errang einen weitgehenden Sieg von annähernd 95% der bestehenden Sitze. Diese Entwicklungen werfen ein Licht auf den vorausgegangenen Verfall der ägyptischen Politik. Drei Elemente dieses Prozesses stechen wie folgt hervor:

- erstens: die aufkeimende soziale Krise, ausgelöst durch die außer Kontrolle geratene Inflation, ein verkrüppeltes Wohlfahrtssystem und anhaltende Arbeitslosigkeit;
- zweitens: eine Rückkehr zu den alten autoritären Praktiken der herrschenden Macht;
- drittens: beunruhigende Zeichen, die die Frage nach der Existenz einer funktionierenden Opposition aufwerfen, die fähig ist, Reformen durch den politischen Prozess voranzubringen.⁹

Soziale und politische Gruppen, inkl. Gewerkschaft, Universitätsprofessoren und Gewerkschaftsmitglieder organisierten Streiks und Demonstrationen mit der Forderung nach Gehaltserhöhung, um die wachsende Kluft zwischen Reich und Arm zu verringern. Es ist offensichtlich, dass politische Marginalisierung und Ausschluss sowie ökonomischer Verlust definitiv zu breiter Unzufriedenheit führen, die zu möglichen Zusammenstößen und Gewalt führen können, insbesondere wegen des Mangels an Transparenz und an allgemeiner Umsetzung des Rechts. Um dem erhöhten Potenzial für Widerstandsaktionen und aktive Ausübung von Opposition entgegenzuwirken, verschärfte das Regime seine Sicherheitsmaßnahmen und mobilisierte seine Sicherheitskräfte. Während der ersten Monate im Jahre 2008 wurde es offenkundig, dass die autoritären Praktiken in absehbarer Zeit nicht zurückgehen werden. Eine Kampagne, die einige Medienträger und etliche Journalisten ins Auge fassten, zog beträchtliche Aufmerksamkeit auf sich¹⁰.

In der Absicht, den politischen Prozess und das Recht auf Ausdrucksfreiheit zu kontrollieren, präsentierte die Regierung einen verheerenden Gesetzentwurf hinsichtlich audiovisueller Medien und des Rechts auf Ausdrucksfreiheit in den Medien und im Internet. Durch den Gesetzentwurf die Zensur von Internet und Satellitenfernsehen institutionalisiert werden. Die Regierung, in der Mehrheit gebildet von NDP-Parlamentariern, präsentierte den Gesetzentwurf der Volksversammlung

in der Sicherheit, dass er angenommen wird. Dieses Gesetz widerspricht Artikeln in Kapitel 3 der Verfassung.

In der Tat trägt die Unfähigkeit der Gerichte, das Gesetz universell anzuwenden, nicht dazu bei, einen demokratischen Prozess einzuleiten. Im Gegensatz dazu führt sie zu einem Abbau der demokratischen Errungenschaften wie Meinungsfreiheit, Ausdrucksfreiheit, Versammlungsfreiheit und das Recht auf persönliche Integrität.

Oppositionelle Kräfte, insbesondere Vertreter der Muslimischen Bruderschaft, wurden ohne Haftbefehl verhaftet. Sie wurden Militärgerichten vorgeführt, die gegen sie vorgingen und die ihre Besitztümer beschlagnahmten, und sie befinden sich nun in Gewahrsam. Solche illegalen Prozeduren tragen in keinsten Weise, außer im Rahmen eines Notstandsgesetzes, dazu bei, den demokratischen Prozess zu verbessern. Es ist wahr, dass in der Presse, auch wenn sie von der Regierung kontrolliert wird, einige liberale und demokratische Standpunkte offen ausgedrückt werden. Trotzdem wirken sie sich nicht auf das allgemein trostlose Bild aus. Angesichts dessen übernahmen einige Zivilgesellschaftsaktivisten, Schriftsteller eingeschlossen, die Verantwortung für die Organisation von Arbeitstagen in Bezug auf das neue Gesetz der politischen Teilnahme und politischen Rechte¹¹. Weiterhin gab es Debatten, Diskussionen und Vorschläge darüber, welches Wahlsystem für Ägypten am besten anwendbar ist, wie das Mandat HEC in Richtung der Eingliederung der Rechtsstaatlichkeit ausgeweitet werden kann und welcher der beste Weg sei, um moderne Technologien sowohl bei der Wählererfassung als auch während des Wahlverfahrens anzuwenden. Solche Bestrebungen, zusätzlich zu den Bemühungen um Menschenrechte, drücken die Sorge darüber aus, dass Rechtsstaatlichkeit keineswegs universell verankert ist, und über obskure quasi-demokratische Prozesse.

Man könnte hinzufügen, dass es viele Fälle von Menschenrechtsverletzungen bei Polizeifestnahmen und in Gefängnissen gibt, die dazu führen, dass Gefangene ihr Le-

⁹ Mohammed Herzallah und Amr Hamzawy, *Egypt's Local Elections Farce: Causes and Consequences*, Carnegie, Policy Outlook, April 2008, 1.

¹⁰ ebd., 4.

¹¹ *Save the Bell*, vorgeschlagenes Gesetz für Politische Rechte, United Group, Kairo, 2007.

ben infolge unermesslicher Leiden und unerträglicher körperlicher Schmerzen verlieren. Tatsächlich berichtete der Ägyptische Senat für Menschenrechte, der von der Regierung gegründet wurde, aber über eine relative Unabhängigkeit verfügt, über die Verletzung von Menschenrechten.¹²

In diesen und ähnlichen Fällen besteht weder Respekt vor dem Gesetz noch vor persönlicher Unversehrtheit und auch nicht vor dem Recht auf Schutz, selbst in Gefangenschaft. Soll in solch einem Umfeld, das empfänglich ist für Gewalt und Instabilität, die Frage lauten, was kommt zuerst, Rechtsstaatlichkeit oder Demokratie, um eine sozioökonomische Entwicklung zu initiieren? Sollte die Frage lauten: welche von beiden soll für die andere geopfert werden? Oder sollten beide gleichzeitig respektiert, entwickelt und unterstützt werden? Ist es möglich, eine Rechtsstaatlichkeit aufzubauen und die Basis für eine Demokratie zu schaffen?

SCHLUSSFOLGERUNG – RECHTSSTAATLICHKEIT: EINE VORAUSSETZUNG FÜR DEMOKRATIE UND ENTWICKLUNG

Seit Aristoteles bestätigen politisches Denken wie auch religiöser Glaube, dass sich eine Demokratie nicht etablieren, nicht erhalten und dass sie nicht gefördert werden kann ohne allgemeine Rechtsstaatlichkeit; Regeln, aufgestellt von der Legislative, angewendet von unabhängiger Justiz bilden die fundamentale Basis der Demokratie bzw. der liberalen Demokratie. Rechtsstaatlichkeit festigt Gleichberechtigung, Freiheit und Gleichheit sowie Verantwortlichkeit. Diese bilden Grundlagen für ein demokratisches Leben und folglich für einen individuellen und gemeinschaftlichen Beitrag zur Produktivität und Kreativität.

Rechtsstaatlichkeit erfordert eine unabhängige und mächtige Justiz, die fähig ist, die Gesetze umzusetzen ohne Diskriminierung oder Intervention der Exekutive. Außerdem erfordert sie eine hohe Integrität und Transparenz. Sie hat individuelle Rechte, Gruppen- und Gemeinschaftsrech-

te auf Ausdrucksfreiheit, Versammlungs- und Oppositionsfreiheit zu schützen. Ferner bietet sie den Menschen Garantien für die Beachtung ihrer Menschenrechte und -würde. Alle diese Qualitäten sind wesentlich für jegliche kontinuierliche Entwicklung, wenn nicht sogar für einen realen Demokratisierungsprozess.

Im Gegensatz zu all dem ist die Regierungspolitik des Ausschlusses, die illegitim ist und nicht auf Rechtsstaatlichkeit basiert, ein Haupthindernis im demokratischen Prozess. Hinsichtlich dessen nutzt die Regierung ihre absolute Macht, die dem Notstandsgesetz entspringt und im kommenden Jahr vom Antiterrorgesetz ersetzt wird, um politisch oppositionelle Kräfte zu inhaftieren und sie vor Militärgerichte zu bringen – gegen ihren Willen und gegen ihr natürliches Recht. Die Bestimmungen der Militärgerichte sind endgültig und beinhalten keine Berufung.

Eine demokratische Reform, eine notwendige Voraussetzung für Stabilität, die auf Rechtsstaatlichkeit basiert, würde es erforderlich machen, dass die Regierung, notwendige Schritte unternimmt, um die Gesetze zu realisieren und die Rolle des Notstandsgesetzes sowie andere Ausnahmeregelungen einzuschränken.¹³ Dies erfordert eine größere Unabhängigkeit der Gesetzgeber und der Justiz und weniger Macht für die Exekutive. Außerdem erfordert es eine substanziellere Rolle der Zivilgesellschaftsorganisationen sowie der Nichtregierungsorganisationen. Trotzdem ist es im Kontext der ägyptischen Gesellschaft schwierig für das Regime, die Rechtsstaatlichkeit allgemeingültig umzusetzen, da sie seine Macht beschränkt.

¹² Der Nationalrat für Menschenrechte, Vierter Jahresbericht 2007/ 2008, Kairo, 2008.

¹³ Entsprechende Diskussionen in Hesham Sallam, *Opposition Alliances and Democratization in Egypt*, USIP, Washington DC, 2008.

ARGENTINIEN

Nèstor Sagüés

A VERFASSUNGSGESCHICHTE

I. Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in Ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

Die derzeitige argentinische Verfassung ist im Wesentlichen in zwei Etappen entstanden. Die erste umfasst den Text von 1853 und dessen Reformen von 1860, 1866, 1898 und 1957, im Folgenden „Text von 1853/60“ genannt. Die zweite Etappe bezieht sich auf den 1994 verabschiedeten Verfassungstext. Letzterer ist zwar offiziell nur eine Reform des Textes von 1853/60, wird aber von einer weitgehend anderen politischen Ideologie getragen, insbesondere in Bezug auf das Verständnis von Demokratie und Teilhabe des Volkes an der Regierung. Für manche bedeutet der Text von 1994 in Wirklichkeit eine neue Verfassung.

Man wird deshalb in vielen Fällen unterscheiden müssen zwischen dem politischen Gedankengut, dem Inhalt und der Entwicklung der Verfassung, die sich für die genannten Etappen unterscheiden können.

Zum besseren Verständnis sei noch vorausgeschickt, dass im Spanischen der Ausdruck *estado de derecho* im Allgemeinen sowohl den deutschen Begriff *Rechtsstaat* als auch den angelsächsischen Begriff *Rule of Law* beinhaltet. Es gibt jedoch Autoren, die diese letzten beiden Begriffe inhaltlich voneinander unterscheiden.

a) zum Text von 1853/60: Wenn man akzeptiert, dass der Begriff des „*Rechtsstaats*“ erst durch von Mohl in seinem Werk *Die Polizeiwissenschaft nach den*

Grundsätzen des Rechtsstaates, gedruckt 1832/4 in Tübingen, formuliert wird und dass, nach allem was man weiß, zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Verfassung von 1853 noch keine Übersetzung dieses Buchs nach Argentinien gelangt war, dann ergibt sich daraus der Schluss, dass die deutsche „*Rechtsstaatstheorie*“ in diesem Land praktisch unbekannt war, als 1853 die Verfassung erlassen wurde.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass es 1853 noch keine Lehrstühle für Verfassungsrecht in Argentinien gab, mit Ausnahme eines 1834 in Córdoba eingerichteten. Im Übrigen war die Rechtskultur im Bereich des Verfassungsrechts während der Zeit des Bürgerkriegs, der bis 1853 anhielt, und insbesondere während der Diktatur von General Juan Manuel de Rosas (Gouverneur der Provinz Buenos Aires und Zuständiger für die Auswärtigen Beziehungen der Argentinischen Konföderation bis 1852) in der Argentinischen Republik mit wenigen Ausnahmen nicht sonderlich entwickelt.

Was den angelsächsischen Begriff der *Rule of Law* anbelangt, so ist weder den Protokollen der verfassungsgebenden Versammlung von 1852/3 noch dem Bericht der Kommission für Verfassungsrechtliche Fragen, die den Verfassungsentwurf ausgearbeitet hat, zu entnehmen, ob dieser Begriff besonders berücksichtigt worden ist oder damals im Land sehr verbreitet war. Es steht fest, dass während der vorbereitenden Sitzungen für die verfassungsgebende Versammlung auszugsweise ein Exemplar des *El Federalista* (The Federalist) von Hamilton, Jay und Madison gelesen wurde, das später aber, bevor mit der Redaktion des Verfassungsentwurfs

begonnen wurde, verloren ging. Es ist zwar nicht zu leugnen, dass die Verfassung von 1853/60 in vielen Themen der Vereinigten Staaten gefolgt ist (und sie kopiert hat), dies bedeutet aber nicht, dass die argentinische verfassungsgebende Versammlung klar und präzise die Doktrin der *Rule of Law* untersucht und übernommen hat.

b) bei der Verfassungsreform von 1994 waren natürlich die Begriffe von *Rule of Law* und *Rechtsstaat* sowie der spanische Ausdruck *estado de derecho*, der sich den anderen beiden am meisten annähert, in Argentinien schon bekannt, wenn auch nicht immer klar umrissen und in widersprüchlichen Versionen.

Betrachten wir einmal drei Autoren als Beispiel für diese Situation:

In der Version von Segundo V. Linares Quintana, einem angesehenen Autor liberaler Prägung, ist der Gedanke der *Rule of Law* entscheidend für den modernen Konstitutionalismus. Georg Jellinek folgend erläutert er, dass die *Rule of Law* „die Selbstbeschränkung des Staates in seinem Recht“, seine Entfaltung *secundum legem* und die Bindung an das Rechtssystem, das er selbst geschaffen hat, bedeute. Sie sei, so schreibt er weiter, das Gegenteil des „*Polizeistaats*“. R. Carré de Malberg zitierend erklärt er, dass die staatliche Selbstbeschränkung auf zwei rechtlichen Wegen umgesetzt wird: a) der Anerkennung von Rechten der Bürger und b) der Offenlegung der Verfahren und Mittel, die der Staat zur Erreichung seiner Zwecke anwendet.

Ein anderer Autor unterschiedlicher Ideologie wie Enrique Arturo Sampay (vielleicht der wichtigste geistige Vater der Verfassung von 1949) vertritt die Ansicht, dass der Ausdruck *estado de derecho* konfus sei und zumindest in zwei verschiedenen Richtungen verstanden werden könne: (i) zum einen, in einem logisch-formalen Sinne, bedeute er die Einhaltung des in einem Land geltenden Rechts, womit jedweder Staat, selbst ein totalitärer, unter der *Rule of Law* stehen würde, vorausgesetzt das in diesem Staat geltende Recht ist klar und wird befolgt; (ii) zum anderen, im historischen Sinne, werde der

Ausdruck *Rule of Law* jenen Ländern vorbehalten, die ein bestimmtes Recht mit präzisiertem historischem Inhalt übernehmen und befolgen, nämlich das formale bürgerliche Recht, das seinen Siegeszug im 18. und 19. Jahrhundert antritt und das natürlich die Freiheit und Sicherheit des Bürgertums garantiert. Aus dieser letzten Perspektive sind die totalitären Staaten keine *estados de derecho*.

In ähnlicher Form unterscheidet Juan P. Casiello zwei Komponenten des *estado de derecho*: (i) eine formale, die ein Verhalten dieses Staates ohne Willkür und nach zuvor gegebenen, allgemeinen und präzisen rechtlichen Regeln bedeutet: *a government of law and not of men* und (ii) eine inhaltliche: dieses Recht muss seinerseits die Gerechtigkeit, das Naturrecht, Freiheit und Gleichheit, Demokratie und Gewaltenteilung neben anderen Grundprinzipien befolgen.

II. Welches war das Demokratieverständnis, von dem sich die Autoren der Verfassung leiten ließen?

a) Zur Verfassung von 1853/60 ist zu sagen, dass sie zwei unterschiedliche ideologische Quellen aufweist: (i) die eine ist liberal individualistisch geprägt, stark inspiriert durch das Verfassungsprojekt von Juan Bautista Alberdi; (ii) die andere entspringt der traditionellen katholischen Lehre. Für Erstere ist das höchste Gut der Verfassung die Freiheit, für die zweite das Gemeinwohl.

Dem „*Informe*“ der Kommission für verfassungsrechtliche Fragen des allgemeinen verfassungsgebenden Kongresses von 1853 zufolge, der am Anfang des später von diesem Kongress größtenteils verabschiedeten Verfassungsprojekts steht, haben sich seine Autoren ausdrücklich als „Christen und Demokraten“ definiert, inspiriert von der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, als einem „Modell eines schnellen Aufstiegs und bürgerlicher und politischer Freiheit“. Die Verfassung wurde formuliert „im Dienste der Prinzipien von Gerechtigkeit und Ordnung, die wir nach so vielen Jahren der Turbulenz und administrativer Irregularitäten benötigen“, und mit dem Ziel, „die Sicherheit des Lebens und des Eigentums; die

Arbeitsmittel, den Preis unser Ländereien und unserer Produkte sowie Erleichterungen für den Handel ...“ zu sichern.

An dieser Stelle ist es angebracht, die so angekündigte Demokratie genau zu definieren. Einerseits erschien das Wort Demokratie nicht im Text der Verfassung. Allerdings besagte der Entwurf, dass die drei Gewalten des Staates „durch Wahl des Volkes entstehen“, und zwar nach einem „republikanischen und repräsentativen“ Plan. In der Praxis war dieses System aber mehr „repräsentativ“ als „demokratisch“. In Wirklichkeit gab es für die Mehrheit der öffentlichen Amtsträger keine Wahl durch das Volk. Der Präsident der argentinischen Konföderation wurde, so heißt es im *Informe*, „vom Volk gewählt: es handelte sich dabei um eine indirekte Wahl, um Tumulte zu vermeiden und die Legalität dieses so wichtigen Akts zu fördern“. Letztendlich wurde der Präsident nicht vom „Volk“ selbst, sondern von vom „Volk“ ernannten „Wahlmännerkollegium“ bestimmt. Auch die Senatoren wurden nicht vom „Volk“ gewählt, sondern von den Provinzparlamenten. Und die Bundesrichter vom Präsidenten der Konföderation mit Zustimmung des Senats. In Wirklichkeit wählte das „Volk“ nur die Abgeordneten, wobei über sechzig Jahre lang ein System beschränkten Stimmrechts angewandt wurde. Nach Ansicht von Juan B. Alberdi, dem großen Ideologen der Verfassung von 1853/60, war die Beschränkung des Stimmrechts nach Bildungsgrad oder Besitz mit dem Gedanken des allgemeinen Wahlrechts nicht unvereinbar.

Um Präsident der Konföderation, Vizepräsident, Senator oder Richter des Obersten Gerichtshofs zu werden, sieht die Verfassung von 1853/60 im Übrigen in ihrem alten Art. 43 – bis heute gültig in diesem Punkt (der heutige Art. 55) – als Voraussetzung ein Jahreseinkommen von 2.000 „Pesos fuertes“ vor (heute in etwa viertausend Dollar im Monat). Parallel dazu legte ihr Art. 22 fest, dass „das Volk ausschließlich über seine Repräsentanten und die von dieser Verfassung geschaffenen Autoritäten entscheidet und regiert“, und erklärte „jedwede Versammlung von Personen, die sich die Rechte des Volkes anmaßt und in seinem Namen Petitionen

einreicht, zur Aufruhr“. Diese Klausel ist ebenfalls in Kraft.

Die Verfassungsreform von 1860 nahm in den Verfassungstext die Klausel der ungeschriebenen oder impliziten Rechte auf, die sich aus „dem Prinzip der Volkssouveränität und der republikanischen Regierungsform“ (Art. 33) ableiten. Allerdings, wie dem Entstehungsprozess dieser Norm zu entnehmen ist, ging es in Wirklichkeit um viel mehr, nämlich um die Naturrechte der Menschen und Gesellschaften, die jeder positiven Verfassung vorausgehen und über derselben stehen, unabdingbar sind und von den Gesetzen nicht abgeschafft werden können.

Zusammenfassend können wir also sagen, dass die von den Autoren des Verfassungstexts von 1853/60 vorgesehene Vorstellung von Demokratie folgende Charakteristika aufwies: a) Das Wort Demokratie wurde nicht in die Verfassung aufgenommen; b) es gab kein allgemeines Wahlrecht; c) das „Volk“ (das heißt, die Stimmberechtigten, aber *de facto* – bis 1912 – mit beschränktem Wahlrecht) wählte nur die Abgeordneten direkt; d) das „Volk“ war kein Regierungssubjekt; e) viele bedeutende öffentliche Ämter waren von der Verfassung den Personen mit niedrigen oder mittleren Einkommen verwehrt. Das System war also „repräsentativ, republikanisch und föderativ“ (Art. 1 der Verfassung) mit oligarchischen Elementen, die sich in einigen Verfassungen von Anfang und Mitte des 19. Jahrhunderts wiederholten.

b) Der verfassungsgebenden Versammlung, die die Verfassungsreform von 1994 durchführte, war nach dem Gesetz 24.309 über die Einberufung zur Verfassungsreform (Art. 7) verboten, den ersten Teil der Verfassung zu ändern. Andererseits war sie aber befugt, die Wahl der Gesetzgeber und der Exekutive zu aktualisieren sowie Mechanismen einer halbdirekten Demokratie und Vorschriften zur Garantie der Demokratie einzuführen.

Die verfassungsgebende Versammlung von 1994 hat mehrmals ausdrücklich das Wort „Demokratie“ in die Verfassung aufgenommen. Außerdem hat sie die direkte Wahl des Staatspräsidenten und der Se-

natoren durch das Volk verabschiedet, allgemeine, geheime und obligatorische Wahlen eingeführt und ausdrücklich die Gesetzesinitiative durch das Volk (Volksbegehren) und unverbindliche sowie verbindliche Volksbefragungen zugelassen, die sogar zum Beschluss von Gesetzen durch das Volk führen können. Wir werden diese Mechanismen weiter unten im Punkt B III. erläutern.

Dieser Konzeption zufolge ist die neue Demokratie sowohl „repräsentativ“ als auch „partizipativ“. In einigen Fällen wird das Volk – mit allgemeinem Wahlrecht – zu einem Regierungsorgan, und alle Gesetzgeber, Staatspräsident und Vizepräsident werden direkt vom Volk gewählt.

In ideologischer Hinsicht ist die Reform von 1994 im so genannten „Sozialkonstitutionalismus“ anzusiedeln. Der neue Art. 75 Absatz 19 erklärt nachdrücklich die „soziale Gerechtigkeit“ zu einem Grundwert der Verfassung.

In gewisser Weise gibt es einen ideologischen Widerspruch zwischen der alten Regelung des Art. 22 der Verfassung von 1853/60, der eine rein repräsentative Demokratie festschreibt, und den neuen Artikeln 39 und 40 von 1994, die dem Volk im Rahmen einer partizipativen Demokratie wesentliche Funktionen übertragen. Formell durfte die Reform von 1994 den alten Art. 22 nicht ändern (Art. 7 des Einberufungsgesetzes 24.309). In der Praxis wird das Problem durch das Gewohnheitsrecht gelöst werden, das dazu neigt, die neuen Artikel von 1994 zu akzeptieren, die weitaus mehr den heutigen politischen Vorstellungen entsprechen, und den alten Art. 22 zu flexibilisieren.

III. Gab es im Zeitpunkt der Entstehung der Verfassung eine Debatte über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit?

a) im Zusammenhang mit der Verfassung von 1853/60 wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Gedanke der *Rule of Law* zu der Zeit in Argentinien noch nicht eingehend untersucht worden war.

Trotzdem hat die Kommission für verfassungsrechtliche Fragen, die das Verfas-

sungsprojekt formulierte, definiert, dass zur „Förderung der Legalität“ die Direktwahl des Präsidenten und Vizepräsidenten der Konföderation durch das Volk vermieden werden sollte. Dieselbe Kommission, mit dem Ziel bestimmte verfassungsrechtliche Werte wie die Gewährleistung von Leben und Eigentum oder Arbeit und Handel zu schützen, „und zur Vorsorge bereits erlittener Übel, hat die feige Schmeichelei derer anathematisiert, die die Tyrannei mit jenen, außerordentliche Vollmachten genannten Vorrechten und der Konzentration der Staatsgewalt noch mehr verunstalten wollten“. Das heißt, sie hat versucht, mit Hilfe des neuen Art. 29, auf den wir später noch zu sprechen kommen (B, II-f), Machtüberschreitungen des Präsidenten zu verhindern.

Die in diesem Text enthaltene Verteidigung der Legalität und der Gewaltenteilung findet sich im Ansatz von Juan Bautista Alberdi wieder. Letzterer spricht auf der einen Seite von der notwendigen „Einhaltung der Verfassung“, in dem Sinne, dass „die Politik keine anderen Absichten verfolgen darf als die der Verfassung“. Er verteidigt die Gewaltenteilung als die beste Garantie gegen die missbräuchliche Ausübung der Gewalt; zugleich setzt er auf eine starke Exekutive und empfiehlt, ihr „... so viel Macht wie möglich zu geben, „aber gebt sie ihr mittels einer Verfassung“. Des Weiteren schreibt er, „... der Frieden wird nur auf dem Wege des Gesetzes erlangt. Die Verfassung ist das mächtigste Mittel zur Herstellung von Frieden und Ordnung“. Ordnung und Frieden könnten nur „durch Einhaltung der Verfassung“ erreicht werden. Und er schließt: „es ist besser, den Despotismus dem Gesetz statt einem Menschen zu geben“. Die Verfassung ist schließlich „die Navigationskarte der Argentinischen Konföderation“, ihr „sicherer Weg zum rettenden Hafen“.

Abschließend können wir sagen, dass es zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Verfassung von 1853/60 keine Debatte über Demokratie als Gegensatz zu Verfassung oder Legalität gegeben hat. Die Demokratie sollte stets eine verfassungsmäßige, dem Recht unterworfenen Demokratie sein.

b) auch bei der Verabschiedung der Verfassungsreform von 1994 kam es zu keiner Debatte, die Demokratie und *Rule of Law* gegenübergestellt hätte, zumindest nicht explizit und nicht in anerkannten wissenschaftlichen oder politischen Kreisen.

Als Ausnahme kann hier vielleicht die Initiative der Regierung von Präsident Carlos S. Menem genannt werden, die um 1993 die sofortige Wiederwahl des Präsidenten ermöglichte, obwohl dies nach der damals geltenden Verfassung verboten war (Art. 77). Ein oft verwendetes Argument war, dass man dem Volk in einer Demokratie nicht das Recht verwehren könne, nach seinem Belieben den Präsidenten in demokratischen Wahlen wieder zu wählen. Der Präsident entschied sich jedoch dafür, das Thema mittels einer formellen Verfassungsreform zu lösen, die 1994 nach dem neuen Art. 90 die besagte Wiederwahl erlaubte.

B RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER VERFASSUNG

I. Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Wenn nicht, ist es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

Die Verfassung beschreibt das Prinzip des *estado de derecho* (argentinische Version der *Rule of Law*) nicht ausdrücklich, aber nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs ist dies ein Verfassungsprinzip, das wiederholt in den Urteilen des Gerichts als entscheidend für die Republik Argentinien bezeichnet wird. Insbesondere hat es darauf hingewiesen, dass der *estado de derecho* effektive Gültigkeit haben, das heißt eine Realität sein müsse. Aufgabe des Obersten Gerichtshofs sei es folglich, sich für das „volle Maß“ dieses *estado de derecho* einzusetzen, sowohl zugunsten der heutigen als auch der zukünftigen Generationen.

In einigen Urteilen spricht der Oberste Gerichtshof sowohl von *estado de derecho* als auch von *imperio de la ley* (wobei letzterer Ausdruck in Argentinien der *Rule of Law* am nächsten steht) als „notwendigen“ Prinzipien.

II. In welchem Umfang und in welcher Weise sind die folgenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips in die Verfassung aufgenommen worden:

a) Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip)?

Für den Bereich des Strafrechts findet sich dieses Prinzip am Anfang des Art. 18 der Verfassung: „Kein Einwohner des Landes darf bestraft werden ohne ein vorausgehendes Gerichtsverfahren, das sich auf ein vor der im Verfahren verhandelten Tat erlassenes Gesetz stützt ...“. Diese Norm ist wiederum mit anderen Artikeln der Verfassung verbunden, die wir im Folgenden nennen werden.

b) Vorbehalt des Gesetzes?

Dies erscheint in allgemeiner Form im letzten Teil des Art. 19 der Verfassung: „... Kein Einwohner des Landes wird zu etwas gezwungen, was das Gesetz nicht verlangt, noch wird ihm etwas verweigert bzw. untersagt, was das Gesetz nicht verbietet“. Art. 14 fügt hinzu, dass die Bürgerrechte „in Übereinstimmung mit den Gesetzen, die ihre Ausübung regeln“ ausgeübt werden.

Außerdem enthält die Verfassung noch einige Spezifizierungen. Zum Beispiel zum Thema Eigentum fügt Art. 17 hinzu: „Das Eigentum ist unverletzlich. Keinem Einwohner des Landes kann das Eigentum entzogen werden, es sei denn kraft eines auf einem Gesetz beruhenden Gerichtsurteils“. Zu Enteignungen besagt derselbe Art. 17, dass eine Enteignung nur zulässig ist „aus Gründen der Gemeinnützigkeit, per Gesetz geregelt sein muss und zuvor zu entschädigen ist“. Bezüglich der Steuern besagt Art. 17, dass „nur das Parlament die in Art. 4 aufgeführten Steuern erhebt“ (hierbei handelt es sich um die direkten und indirekten Steuern, die von der Gesetzgebenden Gewalt des Bundes festgelegt werden können). Art. 17 fügt hinzu, dass „eine persönliche Dienstleistung nur aufgrund eines Gesetzes oder eines gesetzlich begründeten Urteils eingefordert werden kann“.

Weiterhin legt die Verfassung fest, dass ein Gesetz bestimmen muss, in welchen

Fällen und mit welcher Rechtfertigung eine Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme privater Unterlagen vorgenommen werden können (Art. 18). Jeder Bürger ist dazu verpflichtet, sich „gemäß den Gesetzen“ zur Verteidigung des Vaterlands und der Verfassung zu bewaffnen (Art. 21). Ausländer genießen alle Bürgerrechte der Staatsbürger wie Berufsausübung, Betreiben von Handel und Gewerbe, Heirat etc. „in Übereinstimmung mit den Gesetzen“.

c) *Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte?*

Erscheint nicht als ausdrückliches Prinzip in der Verfassung, ist aber zumindest in einer Instanz vom Obersten Gerichtshof als eine Anforderung des *estado de derecho* dargelegt worden. Oftmals zieht es der Oberste Gerichtshof vor, von einem „Recht auf Rechtsprechung“ verfassungsrechtlicher Art zu sprechen, abgeleitet aus dem Recht auf „Verteidigung vor Gericht“, das explizit im Art. 18 der Verfassung genannt wird und darin besteht, sich an die Gerichte zu wenden und dort ein geeignetes Urteil zu bekommen.

Art. 25 des Pakts von San José de Costa Rica wiederum erkennt ein „einfaches und schnelles“ Rechtsmittel an, das bei einem zuständigen Richter oder Gericht zum Schutz einer in ihren vom Pakt, der Verfassung oder dem Gesetz verbrieften Rechte verletzten Person eingereicht wird. Nach Art. 75 Absatz 22 der Verfassung besitzt dieser Pakt in Argentinien Verfassungsrang.

d) *Unabhängigkeit der Gerichte?*

Art. 109 der Verfassung besagt Folgendes: „Der Staatspräsident kann in keinem Fall richterliche Funktionen ausüben, anhängige Verfahren verhandeln oder beendete Verfahren wieder aufnehmen“. Art. 8 des Pakts von San José de Costa Rica wiederum, der wie schon erwähnt Verfassungsrang besitzt, erklärt das Recht jeder Person auf einen kompetenten, unabhängigen und unparteiischen Richter bzw. Gericht. Es handelt sich hierbei um eine Garantie des Strafrechts, die jedoch von der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte

(Fall „Verfassungsgericht von Peru“) auf jedes Verfahren ausgedehnt wurde, in dem Rechte und Pflichten definiert werden.

e) *Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien, insbesondere das Verbot „ne bis in idem“ und das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“?*

Art. 18 der argentinischen Verfassung erkennt folgende Rechte an: a) Recht auf ein faires Verfahren („die Verteidigung vor Gericht der Person und der Rechte ist unverletzbar“); b) nicht ohne vorausgehendes Verfahren verurteilt zu werden; c) nicht verurteilt zu werden ohne ein vor der begangenen Straftat existierendes Strafgesetz; d) Recht auf ein Verfahren vor einem vor dem Prozess benannten „gesetzlichen Richter“. Ausnahmegerichte sind verboten; e) niemand kann dazu gezwungen werden, gegen sich selbst auszusagen; e) Folter und Schläge sind verboten; f) niemand kann verhaftet werden ohne schriftlichen Haftbefehl einer zuständigen Behörde.

Das Prinzip *ne bis in idem* erscheint nicht ausdrücklich in der Verfassung, der Oberste Gerichtshof hat es jedoch aus Art. 18 der Verfassung abgeleitet. In anderen Urteilen hat das Gericht es als ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz verstanden. Dasselbe gilt für das Prinzip der Unschuldsvermutung.

Zu unterstreichen ist, dass der Pakt von San José de Costa Rica, der nach Art. 75 Abs. 22 der Verfassung Verfassungsrang genießt, in seinem Art. 8 ausdrücklich folgende Justizrechte beschreibt: Recht auf Kenntnis der Anklage, über die Mittel zu verfügen, um in der gebührenden Zeit die eigene Verteidigung vorzubereiten, auf einen vom Staat gestellten Verteidiger, die Zeugen zu befragen, sich an einen höheren Richter bzw. höheres Gericht zu wenden etc.

f) *Garantien bezüglich der Exekutive?*

Art. 29 der Verfassung enthält eine Klausel *sui generis*, mit dem Ziel, eine Wiederholung despotischer Macht wie der von Juan Manuel de Rosas als Gouverneur der Provinz von Buenos Aires ausgeübten zu

vermeiden. Die Vorschrift lautet: „Das Parlament kann der Exekutive auf nationaler Ebene weder außerordentliche Befugnisse noch die Gesamtheit der Staatsgewalt, noch Zuständigkeiten oder Vorrangstellungen übertragen, durch die Leben, Ehre und Vermögen der Argentinier der Regierung oder sonstigen Personen ausgeliefert werden; dasselbe gilt für die Provinzialparlamente in Bezug auf die Gouverneure der Provinzen ...“.

III. Ist das Demokratieprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Falls nein, ist die Demokratie als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

Wie bereits erwähnt, erschien das Wort „Demokratie“ nicht in der Verfassung von 1853/60. Es wurde bei der Verfassungsreform von 1957 indirekt aufgenommen, insofern als der neue Art. 14 die Organisation der Gewerkschaften als „frei und demokratisch“ definiert.

Die Reform von 1994 spricht mehrmals von Demokratie. Der neue Art. 36, der Staatsstreich ahndet, spricht von der „institutionellen Ordnung und dem demokratischen System“. Art. 38, bezogen auf die politischen Parteien, erwähnt ebenfalls das „demokratische System“. Des Weiteren spricht er von der „demokratischen Organisation und Funktionsweise“ dieser Parteien. Art. 75 Absatz 19 erwähnt die „demokratischen Werte“, die die Bildung leiten sollen, und in seinem Absatz 24, die internationalen Integrationsabkommen, „die die demokratische Ordnung respektieren“.

IV. In welchem Umfang und auf welche Weise sind die folgenden Bestandteile des Demokratieprinzips in die Verfassung aufgenommen worden:

a) Volkssouveränität

Das Prinzip der „Volkssouveränität“ wurde ausdrücklich in die Verfassungsreform von 1860 (Art. 33) aufgenommen und findet in der Klausel der ungeschriebenen Rechte, die ja gerade von diesem Prinzip ausgehen. Später hat dann die Reform von 1994 den Begriff der „Volkssouveränität“ im neuen Art. 37 über das Wahlrecht wiederholt.

b) Formen der repräsentativen und der partizipativen, d.h. direkten Demokratie

Diese sind mit der Verfassungsreform von 1994 in die Verfassung aufgenommen worden. Darunter sind zu nennen: (i) Gesetzesinitiative des Volks, d.h. das Recht auf die Einbringung von Gesetzesvorlagen in der Abgeordnetenkammer (Volksbegehren oder Volksinitiative). Das Parlament muss sich damit innerhalb von zwölf Monaten befassen und eine Entscheidung treffen. Gesetzesvorschläge, die sich auf Verfassungsreformen, internationale Abkommen, Steuern, Haushalts- und Strafrechtsfragen beziehen, können nicht Gegenstand von Volksinitiativen sein (Art. 39 der Verfassung). Es ist nie klar geworden, warum in diesen Bereichen keine Volksinitiative zugelassen wurde; (ii) Beschluss von Gesetzen durch das Volk (verbindliche Volksbefragung bzw. Volksentscheid). Dieser Fall tritt ein, wenn der Kongress auf Initiative der Abgeordnetenkammer den Bürgern einen Gesetzentwurf zur Abstimmung vorlegt. Bei Zustimmung durch das Volk wird der Entwurf Gesetz und wird automatisch erlassen. Die Exekutive kann dagegen kein Veto einlegen (Art. 40 der Verfassung); (iii) unverbindliche Volksbefragung. Diese kann einberufen werden vom Kongress oder vom Staatspräsidenten zu Themen ihrer jeweiligen Zuständigkeit. In diesem Falle ist die Stimmabgabe der Bürger nicht obligatorisch (Art. 40 der Verfassung).

Die Reform von 1994 hat weder die Möglichkeit der Aufhebung von Mandaten bzw. Abberufung von gewählten Amtsträgern von Seiten des Volkes (*Recall*) noch der Verfassungsänderung per Referendum vorgesehen.

c) Verfassungsgarantien eines echten Mehrparteiensystems

Die Reform von 1994 hat den politischen Parteien einen ganzen Artikel der Verfassung gewidmet (Art. 38). Voraussetzung für deren Zulassung ist demnach die „Respektierung der Verfassung“; demokratische Verfahren und Organisation der Parteien, Vertretung der in ihnen vorhandenen Minderheiten, Wettbewerb bei der Aufstellung von Kandidaten für durch Wahlen besetzte öffentliche Ämter. Eben-

so wird das Recht auf Information der Öffentlichkeit und auf Verbreitung ihrer Ideen aufgeführt.

Des Weiteren hat die Verfassung den Beitrag des Staates zur Finanzierung der Parteien und die Weiterbildung ihrer Führungskräfte festgeschrieben. Im Gegenzug sind die Parteien dazu verpflichtet, die Herkunft und den Verwendungszweck ihrer Finanzen und ihres Vermögens offenzulegen (Art. 38 der Verfassung).

d) das Recht in echten, wiederkehrenden Wahlen zu wählen und gewählt zu werden, nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl

Ein weiterer neuer Artikel der Verfassung, der 1994 beschlossen wurde (Art. 37), legt „allgemeine, gleiche, geheime und obligatorische“ Wahlen fest. Dieselbe Vorschrift verankert das Prinzip der „realen Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen beim Zugang zu Wahlämtern und führenden Positionen in den Parteien“ sowie dahingehende „Affirmative Actions“. Dies rechtfertigt das Gesetz 24.012 über „Frauenquoten“: Mindestens 30% der von den Parteien präsentierten Kandidaten müssen demnach Frauen sein.

Das Recht der Bürger, sich an „regelmäßigen authentischen Wahlen“ zu beteiligen, findet sich in Art. 23 des Pakts von San José de Costa Rica, der – wie bereits hervorgehoben wurde – in Argentinien Verfassungsrang besitzt (Art. 75 Abs. 22 der Verfassung). Dieselbe Vorschrift verbietet Diskriminierung bei den Wahlen, es sei denn aus Gründen von Alter, Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Sprache, Bildung, Rechtsfähigkeit oder geistiger Fähigkeit oder strafrechtlicher Verurteilung.

e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Körperschaften

Die argentinische Verfassung sieht keine besonderen Gerichte zur Entscheidung bei Wahlkonflikten vor. Auf dem Wege eines einfachen Gesetzes wurden jedoch auf nationaler Ebene ein Nationales Wahlprüfungsgericht („Cámara Nacional Electoral“) mit Zuständigkeit für die gesamte Republik, und Bundeswahlprüfungsgerichte („juzgados federales electorales“) inner-

halb der rechtsprechenden Gewalt der Nation eingerichtet.

C RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

I. Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts/Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten, die freiheitsschützenden Elemente betonenden Interpretation der Rechtsstaatlichkeit oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

Im Allgemeinen ist der Oberste Gerichtshof einem weiten Begriff von *estado de derecho* gefolgt, der Werte und Rechte enthält und nicht nur die formelle Erfüllung der Rechtsnormen. Er hatte zunächst einmal den *estado de derecho* in einem eher formellen Sinne insofern definiert, als er beschränkte gesetzliche Befugnisse mit einer Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen seinen Organen und die Rechte der Bürger beinhaltet. Der Staat, der nicht dem Prinzip des *estado de derecho* folgt, so der Gerichtshof, ist ein Staat in dem die Willkür herrscht und der am Rande der Verfassung handelt. In einem anderen Urteil hat das Gericht dem *estado de derecho* öffentliche Befugnisse in administrativen, gesetzgeberischen oder richterlichen Funktionen zuerkannt.

Später ist der Oberste Gerichtshof jedoch dazu übergegangen, den Gedanken des *estado de derecho* auf den Bereich des Schutzes der Persönlichkeitsrechte zu projizieren.

So hat er zum Beispiel festgelegt,

a) dass die Untersuchung und Bestrafung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit „im Rahmen und nach den Vorgaben des *estado de derecho* zu erfolgen hat“;

b) dass der *estado de derecho* den Genuss und die volle Ausübung der individuellen

Rechte verlangt und den Richtern die Pflicht auferlegt, diese zu schützen;

c) dass im *estado de derecho* keine Strafen auf der Grundlage eventueller oder zukünftiger, allein aus der strafrechtlichen Gefährlichkeit einer Person abgeleiteten Taten festgelegt werden können;

d) dass in einem *estado de derecho* ein verfassungsrechtlich verankertes Recht nicht zur Stärkung eines anderen aufgegeben werden kann, sondern dass beide miteinander in Einklang gebracht werden müssen auf der Grundlage von Gerechtigkeit, die die Gemeinschaft und ihre Mitglieder unter- und miteinander koordinieren;

e) dass in einem *estado de derecho* die Existenz von „verdeckten Ermittlern“ zur Prävention oder Verfolgung von Straftaten zugelassen werden kann, nicht aber von „Anstiftern“, die zu strafbaren Handlungen auffordern;

f) dass der Richter in einem *estado de derecho* im Falle von *Habeas Corpus* das Verschwindenlassen von Personen untersuchen muss.;

g) dass die Verpflichtung des Staates zur Zahlung von Entschädigungen für Schaden verursachendes Verwaltungshandeln in einem *estado de derecho* durch Prinzipien des Rechts und der Rechtssicherheit begründet ist;

h) dass der Begriff der *res iudicata* ein grundlegendes Element der Rechtssicherheit, seinerseits wiederum Bestandteil des Begriffs des fairen Verfahrens und eine weitere Grundlage des *estado de derecho* ist;

i) dass das in der Verfassung verankerte Recht auf Lehren und Lernen (Art. 14) in einem *estado de derecho* nicht durch die einfache Berufung auf „Sicherheitsgründe“ verweigert werden kann;

j) dass die Verurteilung von Zivilpersonen durch Militärgerichte nach der Rückkehr des Landes zum *estado de derecho* aberrant ist;

k) dass gewisse verfahrensmäßige Anomalien bei *Habeas Corpus*, wie die wiederholte Leugnung der Existenz der Verhafteten von Seiten der staatlichen Behörden, eine „Rechtsverweigerung“ bedeuten können und somit in einem *estado de derecho* unzulässig sind;

l) dass das Prinzip der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“, wodurch alle Verwaltungshandlungen dem Gesetz und nicht der Willkür unterliegen, ein Element des *estado de derecho* ist;

m) Ein weiterer Bestandteil des *estado de derecho* ist das Prinzip der „Verhältnismäßigkeit der Strafen“, in dem Sinne, dass diese angemessen sein müssen.⁴¹ Im Übrigen kann der *estado de derecho* zwar angemessene Strafen auferlegen, nicht aber Personen beseitigen – was ein Charakteristikum des „Polizeistaates“ ist;

n) Der *estado de derecho* darf nicht über die eigentliche Existenz der Personen oder ihren persönlichen Lebensentwurf und dessen Umsetzung urteilen;

o) In einem *estado de derecho* muss das Recht des Eigentums sowohl in normalen wie in Notstandszeiten geschützt werden.

II. Erkennt das Verfassungsgericht die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips an? Wenn Letzteres zutrifft, welche Auswirkungen hat das a) für das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den politischen Gewalten und b) das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative?

Der Oberste Gerichtshof hat das Prinzip der Gewaltenteilung als notwendiges bzw. wesentliches Element des republikanischen Systems entwickelt (manchmal zieht er es vor, von einem demokratischen System zu sprechen).

Er hat diesbezüglich festgehalten, dass sich die Gewaltenteilung (i) auf die notwendige fachliche Spezialisierung bei der Ausübung der verschiedenen Funktionen des Staates, aber (ii) auch auf rechtspolitische Motive gründet: als Garantie der Rechte der Gemeinschaft zur Begrenzung der Macht des Staates und zur Stärkung des Vorrangs der Verfassung.

Der Oberste Gerichtshof weist aber auch darauf hin, dass Gewaltenteilung nicht Zerlegung oder Zerteilung des Staates bedeutet. Die Gewalten sollen nicht voneinander isoliert handeln, sie müssen sich harmonisch und koordiniert verhalten, sich unterstützen, ergänzen und kontrollieren sowie gegenseitige Behinderung vermeiden. Das Gericht fügt hinzu, dass jede der drei Gewalten bei den anderen beiden die Einhaltung der Verfassung fördern, keine jedoch die Zuständigkeiten, die die Verfassung einer anderen überträgt, ausüben soll.

Der Oberste Gerichtshof hat spezifische Leitlinien zum Prinzip der Gewaltenteilung aufgestellt. Seinem Verständnis von Judikative zufolge braucht der Oberste Gerichtshof im *estado de derecho* implizite Befugnisse, „um seine in der Verfassung verankerte Funktion wirksam ausüben zu können“ und die in der Verfassung aufgeführten Rechte und Garantien der Personen zu schützen. Das heißt letztendlich, dass dem Obersten Gerichtshof die Aufgabe zukommt, die Grenzen und die Existenz der ausschließlichen Zuständigkeiten der Exekutive und der Legislative zu überprüfen und Machtkonflikte bzw. Organstreitigkeiten zu lösen. Ebenso hat er darauf hingewiesen, dass das in Art. 110 der Verfassung verankerte Prinzip der Unantastbarkeit (das heißt der Nichtkürzung) der richterlichen Gehälter eine Charakteristik des *estado de derecho* ist zur Wahrung der Unabhängigkeit der Richter und damit zum Schutz der Gesellschaft und des Volkes.

Gerade im Bereich der Unabhängigkeit der Richter hat das Höchste Gericht darauf verwiesen, dass eine freie Presse und unabhängige Richter herausragende Werte des demokratischen Staates sind. Diese Unabhängigkeit, die für das republikanische System wesentlich ist, heißt es in einem weiteren Urteil, muss von den anderen Gewalten erhalten und auch von der Gemeinschaft angenommen werden. Der Richter muss frei von jedem Druck sein, einschließlich des psychologischen Drucks, den die in der Gesellschaft vorherrschenden Kriterien ausüben.

Eine bedeutende Reihe von Urteilen des Obersten Gerichtshofs warnen jedoch

auch vor den Grenzen des richterlichen Aktivismus. In diesem Sinne wird festgehalten: (i) dass die heikelste Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt darin liegt, innerhalb der Grenzen ihrer eigenen Zuständigkeiten zu bleiben; (ii) dass die Ausweitung der Kompetenzen der Rechtsprechung zum Nachteil der anderen Gewalten die verfassungsrechtliche Harmonie am schwerwiegendsten beeinträchtigt; (iii) dass es Themenbereiche gibt wie die so genannten *Political Questions*, die in der ausschließlichen Zuständigkeit des Gesetzgebers und der Exekutive liegen; (iv) folglich die Rechtsprechung nicht zu einer eingreifenden oder gefährlichen Gewalt werden darf; (v) dass schließlich die demokratische Ordnung weder die Herrschaft noch die Diktatur der rechtsprechenden Gewalt zulässt, deren Aufgabe es ist zu urteilen und nicht zu verwalten.

In anderen Urteilen hat sich der Oberste Gerichtshof mit Fällen der von der Legislative über die Exekutive ausgeübten Kontrolle beschäftigt oder mit Fällen der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche zwischen der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt, wobei er unter anderem darauf hingewiesen hat, dass dann, wenn eine Verfassungsnorm mehrere Auslegungen zulässt und der Kongress sich für eine davon entschieden hat, die Richter diese Entscheidung zu respektieren haben.

III. Inwieweit werden die Grundrechte als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen? Sofern sie als Elemente der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, gilt dies auch für die „politischen“ Grundrechte, d.h. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit?

Im Abschnitt C I. wurden mehrere Beispiele von Fällen genannt, in denen der Oberste Gerichtshof die Ansicht vertreten hat, dass bestimmte Persönlichkeitsrechte fester Bestandteil des *estado de derecho* seien.

Ebenso hat er dargelegt, dass das Vereinigungsrecht auch die Einrichtung von entsprechenden Kanälen für eine umfassende Wahrnehmung der Rechte beinhaltet, was wiederum eine effektive Geltung des *estado de derecho* bedeutet.

Insbesondere hat der Gerichtshof den Bürgern das Recht zur Bildung von Parteien zuerkannt, wobei Letztere als für die „Entfaltung der repräsentativen Demokratie notwendig“ oder als Regierungsinstrumente definiert werden, ohne die das politische Leben nicht vorstellbar ist.

Das Versammlungsrecht ist vom Obersten Gerichtshof als ein ungeschriebenes bzw. implizites Recht des Art. 33 der Verfassung bezeichnet worden, das der Volkssouveränität und der republikanischen Regierungsform entspringt.

Selbstverständlich ist die Pressefreiheit als ein im republikanischen System vorrangiges Recht anerkannt worden, da es ohne sie keine echte Demokratie gibt. Diese Freiheit muss gewahrt werden, weil sie das Wesen der Demokratie gegen mögliche tyrannische Fehlentwicklungen schützt. Ohne sie besteht die Gefahr einer Beeinträchtigung der Freiheiten insgesamt. An einer funktionierenden Pressefreiheit sind nicht nur diejenigen interessiert, die ihre Meinung äußern wollen, sondern alle Bürger, die das Recht haben, informiert zu sein, um sich auf dieser Grundlage eine Meinung zu bilden. Die Pressefreiheit ist letzten Endes ein Element, das die Geltung des *estado de derecho* sichert.

Pressefreiheit, so erläutert das Gericht, ist nicht gleichbedeutend mit Straffreiheit der Presse für falsche oder die Intimsphäre verletzende Informationen. Im Übrigen muss die Information wahrheitsgemäß sein.

IV. Hat das Verfassungsgericht/der Oberste Gerichtshof die Elemente definiert, die Bestandteil des Demokratieprinzips sind? Welche sind diese Elemente? Werden sie weit oder eher eng ausgelegt?

Der Oberste Gerichtshof hat häufig die Begriffe „Demokratie“ und „Republik“ unterschiedslos verwendet, obwohl sie streng genommen nicht identisch sind. Er ist von einer engen Auslegung des Begriffs „Demokratie“ ausgegangen (wobei diese als „Wahldemokratie“ verstanden wird), um ihr dann für ihre reale Existenz noch andere Voraussetzungen hinzuzufügen.

Dem Gericht zufolge ist das Wesen der Demokratie das Recht, mit Hilfe eines freien und ehrlichen Wahlsystems Volksvertreter zu wählen. Dafür muss es, wie wir gesehen haben, für die Bürger ein effektives Recht auf Information geben sowie die Anerkennung der Existenz sich frei entfaltender politischer Minderheiten. Die Demokratie erfordert auch eine breite Debatte über die Träger öffentlicher Ämter.

Das Gericht nennt insbesondere zwei Grundpfeiler der Demokratie: (i) die Pressefreiheit zur Bildung einer starken öffentlichen Meinung, die das Regierungs- und Verwaltungshandeln aktiv mitverfolgt; und (ii) eine adäquate Rechtspflege.

Schrittweise hat der Oberste Gerichtshof auch die Bedeutung der Parteien unterstrichen, die er jetzt – wie wir schon angedeutet haben – als grundlegend und notwendig für das demokratische System definiert, als echte Regierungsinstrumente, von denen die Demokratie der einzelnen Länder abhängt.

Einige Urteile des Obersten Gerichtshofs besagen, dass die Parteien Hilfsorgane des Staates, Rechtspersonen des öffentlichen, aber nicht staatlichen Rechts sind, und dass ihre Satzung, ihre Behörde und Organe „transparenter Ausdruck ihrer Repräsentativität sein müssen“. Auch sie haben die Aufgabe, die Exzesse einer „Parteiherrschaft“ zu vermeiden.

V. Definiert das Gericht das Prinzip der Volkssouveränität? Sofern dies der Fall ist, folgt es dem Konzept der uneingeschränkten Volkssouveränität oder eher einem Konzept, das die Volkssouveränität der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung sowie der gerichtlichen Kontrolle unterwirft?

Für den Gerichtshof ist das Volk „Quelle der Souveränität“, „Träger der Souveränität“ und damit „Ursprung aller Staatsgewalt“. Die Volkssouveränität wird ausgeübt durch Wahlen, durch die die öffentlichen Gewalten den Machträgern (autoridades) anvertraut werden.

Rechtlich wird das Volk zum „Wahlkörper“. Dem Obersten Gerichtshof zufolge ist der Wahlkörper das „Primärorgan des Staa-

tes“, das den souveränen Willen der Nation zum Ausdruck bringt und aus dem sich alle anderen Organe des Staates ableiten. Deshalb müssen im Wahlverfahren Manipulationen vermieden werden. Es muss „Gewissheit und Sicherheit“ bei den Wahlen geben.

Kürzlich hat der Oberste Gerichtshof auf die Bindung der Volkssouveränität an den *estado de derecho* hingewiesen und diesbezüglich festgehalten, dass (i) die Volkssouveränität ein „Verfassungsgrundsatz“ sei, (ii) das Volk durch diesen Grundsatz zum letztlichen Träger der politischen Macht werde, (iii) zugleich jedoch die für den Ausdruck seines Willens vorgesehenen Verfahren eingehalten werden müssten, da „... der *estado de derecho* und der *imperio de la ley* (*rule of law*) wesentlich sind für den Aufbau einer Nation mit reifen Institutionen“.

VI. Wird in der Rechtsprechung des Gerichts das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesprochen? Falls ja, wird dieses Verhältnis eher als Komplementär- oder als Spannungsverhältnis gedeutet?

Im jüngsten Fall „Bussi“ hat das Höchste Gericht die „Verfassungsmäßigkeit der Demokratie“ vertreten, das heißt, dass sich letztere den Regeln der Verfassung unterwerfen muss. Aus dieser Perspektive gesehen muss im Falle eines Konflikts zwischen Demokratie und *Rule of Law* zwangsläufig die *Rule of Law* gewinnen.

Konkret hat das Gericht ausgeführt, dass „die Verfassung keine Mehrheitsentscheidung als gültig anerkennt, die ohne Einhaltung der *rechtsstaatlichen* Prinzipien zustande gekommen ist; ebenso wenig lässt sie die Abschaffung durch Mehrheitsentscheidung der Grundprinzipien zu, auf denen die republikanische Organisation des Staates und der Schutz der Bürger basieren“. Des Weiteren heißt es: „Die Demokratie ist verfassungsmäßig. Der Schutz der den *estado de derecho* bildenden Prinzipien ermöglicht Reife und Pluralismus einer Gesellschaft, während die Abweichung von diesen Grundsätzen die Zukunft dazu verdammt, eine Vergangenheit zu wiederholen, die man verbessern will“ (Urteilsbegründung 11). Kurz zuvor,

im selben Urteil, hat das Gericht darauf hingewiesen, dass „... die Mehrheiten gelegentlich vom Weg der Vernunft und der Ausgewogenheit abweichen können ...“.

Diese Rechtsprechung korrigiert eine bedauerliche, vom Gericht zuvor vertretene These (allerdings nicht von den Richtern, sondern von ihren Stellvertretern), und zwar in den Fällen „Moliné O’Connor“ und „Boggiano“. Dieser These zufolge ist eine gerichtliche Überprüfung der Absetzung eines Richters des Obersten Gerichtshofs, die auf dem Wege der Richteranklage (*Impeachment*) mit Zweidrittelmehrheit in jeder der beiden Kammern des Parlaments erfolgt ist, nicht angebracht, weil „die Nicht-Anerkennung des Willens einer so überwältigenden Mehrheit bedeutet, den durch seine Repräsentanten ausgedrückten Willen des Volkes nicht anzuerkennen mit der entsprechenden Beeinträchtigung der demokratischen Institutionen“. Dieser Doktrin zufolge könnten also offenbar Entscheidungen, die von einer starken Mehrheit des Volkes oder einer bedeutenden Mehrheit der Volksvertreter getroffen wurden, nicht der gerichtlichen Verfassungsmäßigkeitsprüfung (*Judicial Review*) unterzogen werden. In anderen Worten, die Demokratie würde über die Verfassung und die *Rule of Law* siegen.

Im Falle „Bussi“ wird dagegen zum Glück der Standpunkt vertreten, dass sich jedwede Mehrheitsentscheidung der Verfassung unterordnen muss und dies einer gerichtlichen Verfassungsmäßigkeitskontrolle unterzogen werden kann, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung einer *Judicial Review* gegeben sind.

D DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

I. Inwieweit ist die Rechtsstaatlichkeit in Ihrem Land erfolgreich verwirklicht, insbesondere mit Blick auf a) die Achtung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die politischen Gewalten und b) die Bereitschaft der politischen Gewalten, Gerichtsentscheidungen, die ihre Befugnisse beschnitten, zu befolgen und umzusetzen?

Was die Respektierung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung von Seiten der Exekutive und der Legislative anbetrifft, so hat das System der „politischen“ Ernennung der Bundesrichter nach der Verfassung von 1853/60 (durch den Staatspräsidenten mit Zustimmung des Senats, nach freiem Ermessen) auf nationaler Ebene nicht dazu beigetragen, die Unabhängigkeit der Richter zu konsolidieren.

Zum Zeitpunkt der Verfassungsreform von 1994 war das Problem so ausgeprägt, dass diese das System geändert und in ihrem Art. 114 den *Consejo de la Magistratura* (Richterwahlausschuss) geschaffen hat mit dem Ziel, öffentliche Ausschreibungen durchzuführen zur Vorauswahl für jede zu besetzende Stelle von drei Bundesrichterkandidaten, aus denen anschließend der Staatspräsident einen auswählt, der schließlich auch der Zustimmung des Senats bedarf. Diese Stellenausschreibungen sollten legitimere und weniger politisierte Ernennungen auf der Grundlage des Verfassungsgrundsatzes der Auswahl nach Eignung ermöglichen (Art. 16).

Trotz dieser edlen Absichten sieht das neue Gesetz 26.080 eine Zusammensetzung des besagten *Consejo* mit stärkerer Präsenz der politischen Klasse vor (sieben Mitglieder von insgesamt dreizehn), womit wieder einmal der Kongress und der Staatspräsident die Mehrheit bei der Durchführung dieser Ernennungen besitzen. Abgesehen davon werden die Richter des Obersten Gerichtshofs weiter direkt vom Staatspräsidenten mit Zustimmung des Senats ernannt.

Die Absetzung von Richtern des Obersten Gerichtshofs erfolgt weiterhin nach dem System des *juicio político* (das nordamerikanische Impeachment): Die Abgeordnetenkammer erhebt die Anklage und der Senat entscheidet. Die in letzter Zeit praktizierten Fälle (2004/2006) zeigen auch, dass das beschriebene *Impeachment* aufgrund der starken Präsenz der Parteien, wodurch dieses System ausgezeichnet ist, für die rechtsprechende Gewalt nicht geeignet ist. In derselben Zeit hat es Einsprüche von Seiten der Exekutive gegeben mit dem Ziel, weitere Richter aus dem Gerichtshof zu entfernen, die dann zum

Rücktritt einiger Richter geführt haben. Dabei muss allerdings auch gesagt werden, dass die betroffenen Richter im Allgemeinen nicht den Zuspruch oder die Zustimmung in der Gesellschaft besaßen, um weiterhin im Amt zu bleiben.

Ein weiteres Thema ist die Tatsache, dass in den letzten Jahren und bei unterschiedlichen Anlässen die Exekutive und ihre Minister offen konkrete Urteile kritisiert haben, einschließlich höchstrichterlicher Urteile (obwohl in anderen Fällen wiederum Urteile öffentlich gelobt wurden), und zwar in verschiedenen Bereichen wie Strafprozesse gegen Angeklagte wegen Menschenrechtsverletzungen, die während der letzten Militärdiktatur begangen wurden, Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen, Gültigkeit von Begnadigungen und Amnestien, Konversion von Bankeinlagen von Dollar in Peso, Währungsanpassung der Renten, Kriterien der Richter für die Genehmigung von Haftentlassungen oder die Beurteilung von Straftaten etc. Bei einer anderen Gelegenheit hat ein Minister den Rücktritt eines Bundesrichters über die Medien gerügt. Für viele bedeutet diese *Mediatisierung* (oder Verlagerung der vor Gericht verhandelten Themen und Prozesse auf die Medien und die öffentliche Meinung von Seiten der Exekutive) einen Eingriff der politischen Gewalten in die Tätigkeit der Richter und die von ihnen zu entscheidenden Fälle, da in diesem Rahmen gelegentlich auch nahegelegt wird, wie entschieden werden sollte.

Im Allgemeinen werden die Gerichtsurteile, selbst die, die Zuständigkeiten des Parlaments und der Exekutive beschneiden, von Letzteren befolgt. Allerdings gibt es Beschwerden in Bezug auf die Vollstreckung zum Beispiel von richterlichen Entscheidungen über die Anerkennung von Rentenleistungen, insbesondere aufgrund der übergroßen Verzögerung bei der Umsetzung. In einigen Fällen hat der Oberste Gerichtshof auch die Nicht-Vollstreckung von ihm erlassener Urteile diskutiert.

Ein weiteres Problem, das im Bereich der Gewaltenteilung zu nennen ist, ist das Problem der *desconstitucionalización*. Dieses Phänomen bedeutet, dass der Verfassungstext anscheinend intakt bleibt, die Akteure (aus Politik oder Rechtsprechung)

diesem jedoch einen seinem eigentlichen Geist entgegengesetzten Inhalt geben oder schlichtweg die Botschaft der Verfassung „entleeren“ oder „demonstrieren“. Dies geschieht oftmals durch den Beschluss verfassungswidriger Gesetze, die aber von der rechtsprechenden Gewalt nicht aufgehoben werden, weshalb sie entgegen der Verfassung rechtskräftig bleiben.

Sehen wir uns hierzu einige Beispiele an: (i) Die Verfassung verlangt, dass der Richterwahlausschuss bei seiner Zusammensetzung ein „Gleichgewicht“ zwischen Richtern, Anwälten, gewählten Vertretern der politischen Organe und Akademikern und Wissenschaftlern zu wahren hat. Das Gesetz 26.080 verleiht jedoch den Vertretern der politischen Klasse in diesem Gremium die Mehrheit. (ii) Das Budget wird vom Parlament verabschiedet, aber die einzelnen Haushaltstitel können nach Belieben der Exekutive umgeleitet und für andere Zwecke verwendet werden (Gesetz 26.124, genannt „Ley de superpoderes“). (iii) In Ausnahmefällen lässt die Verfassung den Erlass von Notverordnungen durch den Präsidenten zu (Art. 99 Abs. 3), die sich auf Angelegenheiten beziehen, die im Zuständigkeitsbereich des Parlaments liegen. In der Praxis sind solche Verordnungen mit allzu großer Häufigkeit erlassen worden, und das Durchführungsgesetz 26.122 besagt, dass für ihre Aufhebung die Einwilligung beider Kammern des Parlaments erforderlich ist. Tatsächlich operiert die Exekutive in der argentinischen Realität wie ein Gesetzgeber. All dies schränkt letztlich das Prinzip der Gewaltenteilung spürbar ein.

II. Inwieweit ist die Demokratie in Ihrem Land verwirklicht, insbesondere mit Blick auf den Schutz und die Förderung a) eines echten Mehrparteien-Systems und b) die in regelmäßigen Abständen erfolgende Organisation und Überwachung freier und fairer Wahlen unter der Kontrolle unabhängiger Wahlkörperschaften?

Argentinien ist 1983 zur Demokratie zurückgekehrt. Seitdem hat es keinen Staatsstreich mehr gegeben; es finden mit ziemlicher Regelmäßigkeit Wahlen statt, wobei der Wechsel der Legislatoren und Präsidenten bislang relativ normal mit einem akzeptablen Grad an Legitimität

verlaufen ist. Bei den Wahlen von 2007 ist es jedoch vermehrt zu Kritik von Seiten der Oppositionsparteien gekommen in Bezug auf Themen wie Einsatz staatlicher Gelder zugunsten der Kandidaten der Regierung, Verteilung von Geschenken unter den Wählern, Fehlen von Stimmzetteln an den Orten, wo die Wahlen durchgeführt wurden, Verzögerung bei der Öffnung der Wahllokale etc. Trotzdem haben die Gerichte im Allgemeinen die Wahlergebnisse nicht für ungültig erklärt.

Andererseits – und dies schon seit Jahren – diskutiert die politische Klasse über die Durchführung einer tiefgreifenden „politischen Reform“ bzw. Wahlrechtsreform, mit unter anderem den Zielen, ein neues Repräsentationssystem aufzubauen (das aktuelle basiert auf dem Verhältniswahlrecht), der Umstrukturierung des Parteiensystems (derzeit gibt es eine Unzahl von Miniparteien ohne reale Präsenz in der Gesellschaft) sowie Einführung der elektronischen Stimmabgabe. Allerdings ist bislang nichts davon konkret umgesetzt worden. Dies ist ein noch anhängiger Punkt, der für die argentinische Demokratie von außerordentlicher Bedeutung ist.

Was die Wahljustiz auf Bundesebene anbetrifft, so gibt es keine einheitliche Meinung über die Unparteilichkeit und Qualität ihrer Mitglieder. Ihr oberstes Organ (das Nationale Wahlprüfungsgericht, ein Gericht, das unter dem Obersten Gerichtshof steht) genießt einen bedeutenden Grad an Zustimmung und Respekt von Seiten der Gesellschaft.

III. Falls es Defizite in Bezug auf I. oder II. gibt, was sind die Ursachen für diese Defizite? Würden Sie sagen, dass die Implementierung des einen oder des anderen Prinzips in Ihrem Land weiter vorangeschritten ist? Falls ja, was sind die Gründe für den unterschiedlichen Implementierungsgrad? Welche Wechselwirkungen zwischen beiden Prinzipien lassen sich in Ihrem Land beobachten? Was sind die Konsequenzen dieser Wechselwirkung für die Implementierungsfrage?

In Bezug auf Abschnitt I können folgende Ursachen für die Schwächung der *Rule of Law* genannt werden: a) Instabilität des Obersten Gerichtshofs; b) Legitimitätsver-

lust der „politischen“ Systeme der Ernennung und Absetzung von Bundesrichtern; c) Strategien (selbst in der Verfassungstheorie) zur Begrenzung der richterlichen Unabhängigkeit, die sogar „kollektive axiologische Blindheit“ (*cegueras axiológicas*) zu ihrer Rechtfertigung voraussetzt; d) Vorrang der persönlichen gegenüber institutioneller Loyalität; e) Gruppendenken zur *Anomie* und Heuchelei.

Im Folgenden werden wir diese Gedanken etwas weiter ausführen.

An erster Stelle sind die aufeinanderfolgenden Wechsel der Mitglieder des Obersten Gerichtshofs zu nennen, der zumindest vier bedeutende Veränderungen durchlaufen hat seit der Rückkehr der argentinischen Republik zur Demokratie (1983). Mehrere verfassungsmäßige Präsidenten (ganz zu schweigen von den *De-facto*-Regierungen) hatten die Möglichkeit, eine bedeutende Anzahl von Richtern des Höchsten Gerichts zu ernennen. Dies hat zu empfindlichen Schwankungen in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs geführt mit tiefgreifenden ideologisch-inhaltlichen Veränderungen seiner Entscheidungen, was das institutionelle Gewicht „eines“ Gerichtshofs schwächt (in der Praxis spricht man von „den“ obersten Gerichtshöfen, je nach ihrer im Lauf der Zeit unterschiedlichen Zusammensetzung).

Außerdem haben die rein „politischen“ Systeme der Ernennung und Absetzung der Richter nicht gerade zur Förderung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung beigetragen. Zugleich hat die politische Klasse auch nicht immer eine allzu unabhängige Rechtsprechung gewollt, wobei ihr in einigen Fällen nachgesagt wird, Situationen von Abhängigkeit provoziert zu haben. Es gibt sogar Positionen in der Lehre (wie z.B. pathologische Versionen der Theorie des „engagierten Richters“ und des „politischen Richters“), die Hypothesen von halber oder ganzer Abhängigkeit rechtfertigen.

Nicht wenige in der Gesellschaft sehen dies als eine fast natürliche und unvermeidliche Tatsache, die zum politischen Leben gehört. Dies führt letztlich zu einem Phänomen der Sozialpsychologie, das man

kollektive „axiologische Blindheit“ nennen kann (d.h. etwas, was nicht korrekt ist, wird als normal akzeptiert). Dies erklärt sich zum Teil auch damit, dass – in der argentinischen Gesellschaft im Allgemeinen und nicht nur in ihrer politischen Klasse – ein System „persönlicher Loyalitäten“ statt „institutioneller Loyalitäten“ vorherrscht. Anders gesagt, diesen soziologischen Daten zufolge werden die gesellschaftlichen, politischen oder familiären Beziehungen oder ein falsches Verständnis von Freundschaft (der sogenannte *amiguismo*) vor die Pflichten gegenüber den Institutionen der Republik und der Justiz gestellt.

Selbstverständlich und zum Glück gibt es sowohl viele Stimmen, die dieser Gesellschaft kritisch gegenüberstehen, die die „abhängigen“ Gerichte verurteilt haben, als auch unzählige ehrenwerte und unabhängige Richter.

Das nach der Verfassungsreform von 1994 eingeführte System der öffentlichen Stellenausschreibungen für die Auswahl der Richter verbessert das System zumindest teilweise, da die über dieses Verfahren Ernannten normalerweise aufgrund ihrer Verdienste den Posten bekommen und nicht als Geschenk von Seiten der Ernennungsorgane. Dies gilt allerdings nicht für den Obersten Gerichtshof (Art. 99 Abs. 5 der Verfassung).

Hinzu kommt die Tendenz bestimmter Gruppen, sich der Einhaltung der Gesetze und letztlich der Verfassung zu entziehen. Für viele Sektoren der Gesellschaft ist wohl die Existenz in der *Anomie* (Umgehung des Gesetzes) eine konstante Praxis, die umso mehr als geschätzte Kunst oder Fertigkeit angesehen wird, wenn sie mit Erfolg oder Raffinesse verbunden ist.¹⁰⁴ Umgekehrt kann die alltägliche Erfüllung der *Rule of Law* als etwas Monotonies gesehen werden, typisch für diejenigen, die nicht die Fähigkeit haben, sich dem Recht zu entziehen.

Dies kann noch ergänzt werden durch eine gewisse in der Gesellschaft latente und besorgniserregende Heuchelei. So können in dem Thema, das uns beschäftigt, zum Beispiel auf feierliche Erklärungen über die absolute Unabhängigkeit der Rechtspre-

chung Verhaltensweisen folgen, die diesen komplett widersprechen. Das ist die Technik des „doppelten Diskurses“ bzw. der Doppelbödigkeit.

Was den Abschnitt II anbetrifft, so hat Argentinien historisch gesehen weitaus mehr Jahre mit Wahlbetrug, mit Parteienverboten oder unter *De-facto*-Regierungen (ohne Wahlen) leben müssen als mit ehrlichen Wahlpraktiken. Angesichts solch wenig zuträglicher Traditionen ist es nur verständlich, dass von Zeit zu Zeit gewisse staatliche Untugenden wieder in Erscheinung treten, die die Wahlen und den ehrlichen Parteienwettbewerb untergraben wollen.

Eine weitere, historisch stark verwurzelte Tradition ist der latente Autoritarismus in der Gesellschaft, die sich oft nach *Caudillos* und Führern mit viel Macht und wenig Neigung zu Pluralismus und Dissens sehnt. Eine gewisser Grad an Laune und Willkür (das heißt „*Anti-Rule of Law*“) scheint diese Vorstellung des ersehnten „starken Mannes“ in der Gesellschaft noch erheblich zu verstärken. Auch das Konzept einer „vorherrschenden“ oder „hegemonischen“ politischen Partei, die eine Mischung zwischen „Partei“ und „Bewegung“, im Allgemeinen im Dienst des jeweiligen Führers sein soll, ist unterschwellig in der Gesellschaft vorhanden und versucht von Zeit zu Zeit Gestalt anzunehmen.

Im Übrigen und in Bezug auf die bereits erwähnte „politische Reform“ sind die Parteien im Allgemeinen mit deren Durchführung einverstanden, solange sie in der Opposition sind; einmal an der Macht verschleppen sie dagegen meistens ihre Versprechen auf Veränderung.

Seit der Wiederherstellung der Institutionen (1983) hat Argentinien bedeutende Schritte in Richtung *estado de derecho* (*Rule of Law*) und Demokratie unternommen, wenn auch mit Höhen und Tiefen. Hinsichtlich dieser beiden Aspekte wurden gleichzeitig Fortschritte erzielt, denn eine demokratische Regierung, natürlich mit Wahlen, achtet im Allgemeinen mehr die Persönlichkeitsrechte, wobei in Bezug auf Letztere sogar von einer „demokratischen

Auslegung“ der Verfassung und ihrer Rechte gesprochen werden konnte.

Bis vor kurzem war die argentinische Demokratie wahrscheinlich – relativ und vergleichsweise – stärker entwickelt als der *estado de derecho*. Die wiederholten Kritiken hinsichtlich der Sauberkeit der letzten allgemeinen Wahlen (Oktober 2007), zusammen mit der Befürchtung, dass sich in Zukunft ähnliche Probleme wiederholen könnten, sowie die bereits erwähnte ausstehende Umsetzung der „politischen Reform“ machen es notwendig, das Monitoring des demokratischen Prozesses nicht zu vernachlässigen und dessen Ehrlichkeit zu überwachen. Es gibt besorgniserregende Daten über eine Art politische Unterentwicklung, der zweifelsohne entsprechend entgegengetreten werden muss.

E BEWERTUNG UND AUSBLICK

Welches sind die Schlussfolgerungen, die aus den Ausführungen unter A. bis D. für die Frage gezogen werden können, ob in der Arbeit nationaler und internationaler Einrichtungen der Entwicklungskooperation Rechtsstaatsprogrammen der Vorzug vor der Förderung demokratischer Reformen gegeben werden sollte?

In einer abschließenden Bilanz kann die Umsetzung des *Rule of Law*-Programms als prioritär bezeichnet werden, jedoch ohne den Bereich der Demokratiereformen zu vernachlässigen. Eine Aufteilung der entsprechenden Bemühungen von etwa zwei Dritteln für Ersteres und einem Drittel für Letzteres könnte demnach vielleicht eine vernünftige Lösung sein.

CHINA

Qianfan Zhang*

I. VERFASSUNGSGESCHICHTE

1. Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

Rechtsstaatlichkeit hat in China ein dramatisches Schicksal erfahren. Im traditionellen China, als die chinesische Gesellschaft vorwiegend in der Tradition von Konfuzius stand, wurde das Gesetz in erster Linie als Instrument benutzt, um die Masse zu regieren, eher ein „notwendiges Übel“ als ein positives Gut, das für sich allein anstrebenswert ist (demzufolge eher Herrschaft mittels des Rechts – rule by law – als Herrschaft des Rechts – rule of law). Obwohl die späte Qing-Dynastie und frühe nationale Republik sich aktiv für die Etablierung der Rechtsstaatlichkeit als ein großes Modernisierungsprogramm einsetzte, erlitt die Entwicklung des Rechts einen großen Rückschlag, als die Kommunisten 1949 die Macht übernahmen und dem Recht wieder einmal ein geringfügiger Raum zugeschrieben wurde – diese Zeit der „Superstruktur“ wurde der fundamentalen „ökonomischen Grundlage“ in der marxistischen Ideologie untergeordnet. Die Rechtsstaatlichkeit wurde als ein Überbleibsel der Bourgeoisie faktisch fallengelassen und das Gesetz wurde als ein Mittel benutzt, um die „Diktatur des Proletariats“ zu erhalten. Daher agierte, ungeachtet des augenscheinlichen Bruchs der kulturellen Kontinuität, das neue, durch die Revolution im Jahre 1949 etablierte Regime im Schatten der Geschichte.¹ Die Verwaltung wurde

unter dem Wirtschaftsplan immer größer, die politischen Bewegungen, verkörpert in dem „Großen Sprung nach vorn“ (Great Leap Forward – 1958) und der in Kulturrevolution (1966), reduzierten jeden Respekt vor dem Gesetz und dem Recht und die Rechtsstaatlichkeit schien für immer ein Luftschloss zu bleiben.

Schließlich änderten sich die Dinge in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts, es folgten die Veränderung und Öffnung des Marktes (1978) und die Inkraftsetzung einer neuen Verfassung (1982), die heute noch gültig ist. Allerdings war anfangs sogar die Verfassung von 1982 nicht im Stande, für das Konzept einer Rechtsstaatlichkeit einzutreten. In der Tat wurde Anfang 1980 sogar in der Rechtsgemeinschaft, die nach dem Holocaust der Kulturrevolution wieder zu sich kam, über die Erwünschtheit der Rechtsstaatlichkeit (*fazhi*) debattiert, eine Idee, der der leichte Geruch von Bourgeoisie anhaftete. Zu dieser Zeit zogen viele Gelehrte ein anderes, „härteres“ Denkbild vor, das auch „fazhi“ ausgesprochen wird, aber in der chinesischen Sprache eine andere Konnotation hat; es kann entweder mit „rechtlichem System“ oder „rechtliche Kontrolle“ übersetzt werden, und es wurde meist in seiner zweiten Bedeutung benutzt. Die Debatte wurde gekennzeichnet als eine zwischen „Messer“ und „Wasser“² und nach einem weiteren Jahrzehnt triumphierte letztendlich die „Wasserschule“ sowohl auf der

kommen, das Sittengesetz als Ersatz für die Rechtsstaatlichkeit wiederzubeleben.

* Professor für Jura, Universität von Peking, Beijing, China.

¹ Man kann einen flüchtigen Eindruck von der neuesten Bestrebung der chinesischen Regierung be-

² Die Herrschaft (*zhi*) des Rechts (*fa*) hat eine „Wasser“(*shui*)-Komponente auf der linken Seite des chinesischen Schriftzeichens für *zhi* (Herrschaft), während rechtliche (*fa*) Kontrolle (*zhi*) eine „Messer“(*dao*)-Komponente auf der rechten Seite.

Ebene der Gesellschaft als auch auf der der Regierung. 1982, als die Verfassung in Kraft gesetzt wurde, existierte noch das Denkbild der „rechtlichen Kontrolle“, vergleichbar mit der vorherrschenden Idee von 1954, als die erste Verfassung der Volksrepublik erstellt wurde.³ In der Tat wurden die zwei Verfassungen allgemein für bemerkenswert ähnlich hinsichtlich sowohl der fundamentalen Grundsätze als auch der konkreten institutionellen Anordnungen gehalten.

Daher muss man sagen, dass Rechtsstaatlichkeit, als 1982 die Verfassung erstellt wurde, in ihrem strengen Sinn nicht existierte. Oder, um einen anderen Aspekt derselben Tatsache jener Zeit herauszustellen, China akzeptierte das Konzept des fazhi nur im Sinne der Herrschaft mittels des Rechts und nicht als Herrschaft des Rechts, das für viele Jahre untätig, sogar häretisch blieb. Die Verfassung von 1982 als Erbe der Verfassung von 1954 aus der Zeit vor der Kulturrevolution war der Idee der rechtlichen Kontrolle verhaftet, die das Gesetz als „Messer“ zur Erhaltung der Diktatur des Proletariats nutzte. In der Tat wurde angenommen, dass die Gerichte mit den Ämtern der Öffentlichen Sicherheit und der Staatsanwaltschaft für einen gemeinsamen politischen Zweck kollaborierten; sie gemeinsam bildeten die so genannten „Messer-Griffe“ (*dao ba zi*) der Diktatur des Proletariats.

³ Als das Allgemeine Programm (*Gongtong Gangling*) 1949 verabschiedet wurde, das als einstweilige Verfassung diente, als die kommunistische Partei die Macht übernahm, hatte China vier Verfassungen, die jeweils 1954, 1975, 1978 und 1982 verabschiedet wurden. Die vorherrschende Meinung wollte die Verfassung von 1954 als die einzige Verfassung anzuerkennen und die anderen nur als bloße „Veränderungen“ der ersten Verfassung. Aber solch eine Sichtweise ist unzureichend, da die späteren Versionen einschneidende Textänderungen mit sich brachten, die sie eher zu verschiedenen „Verfassungen“ als zu Änderungen der ursprünglichen machten. Die Verfassung von 1954 zum Beispiel hat 100 Bestimmungen, während die Verfassung von 1975, die infolge der Kulturrevolution verabschiedet wurde, nur 30 Bestimmungen enthält. Obwohl die Verfassung von 1982 138 Bestimmungen enthält und der Verfassung von 1954 in Grundaspekten ähnelt, wurde die konstitutionelle Kontinuität – falls überhaupt eine bestand – für fast drei Jahrzehnte unterbrochen. Darüber hinaus hat die aktuelle Verfassung schon 31 Änderungen. Es würde große Konfusion auslösen, wenn die Verfassung von 1982 als „Veränderung“ der Verfassung von 1954 betrachtet werden würde.

2. Welches war das Demokratieverständnis, von dem sich die Autoren der Verfassung leiten ließen? Wie wurde insbesondere die Volkssouveränität als Grundlage der Demokratie aufgefasst? Wurde sie als ursprüngliche und uneingeschränkte Gewalt des Volkes angesehen oder als eine Gewalt, die im Hinblick auf die verschiedenen Formen ihrer Ausübung (Verfassungsreferenden, Volksabstimmungen, Wahlen) einer Regulierung bzw. Verrechtlichung zugänglich war?

Als Teil der sozialistischen Ideologie wurde in den chinesischen Verfassungen seit 1949 die Volksdemokratie immer als wesentlicher Bestandteil anerkannt. Die Volkssouveränität ist das Kennzeichen des traditionellen Modells der chinesischen Verfassungsrechtsprechung – nicht nur der Verfassung von 1982, sondern auch der allerersten Verfassungen der Volksrepublik, die vor über einem halben Jahrhundert verabschiedet wurden. Die Einleitung des Allgemeinen Programms, das 1949 in Kraft gesetzt wurde, definiert die „demokratische Diktatur des Proletariats“ (*renmin minzhu zhuanzheng*) als Grundlage des Staates. In der ersten Verfassung, die formell im Jahre 1954 in Kraft gesetzt wurde, heißt es, dass „alle Macht dem Volk gehört“. Es wurden sowohl das Paradigma der traditionellen Anhänger durch diese Verfassungsdokumente hervorgehoben als auch die Idee der Volkssouveränität in die Verfassung von 1982 ohne substantielle Änderung übernommen.

Im Art. 2 der Verfassung von 1982 wird erklärt, dass „alle Macht in der Volksrepublik China dem Volk gehört. Die Nationale Volksversammlung (NPC) und die Lokalen Volksversammlungen (LPC) auf verschiedenen Ebenen sind die Organe, über die das Volk seine Macht ausüben kann.“ Diese Bestimmung wird allgemein gehalten, um den Grundsatz der Volkssouveränität in der chinesischen Verfassung zu definieren, d.h., alle Staatsmacht strömt letztendlich vom Volk aus, das diese Macht über nationale und lokale Volksversammlungen ausübt.

Obwohl die Verfassung die Volksmacht nicht genau definiert, wurde sie allgemein als in jeder Hinsicht unbegrenzt angesehen, besonders in Hinblick auf die langjäh-

rige linksgerichtete Sicht unter Rousseaus Einfluss, dass das „Volk“ (*renmin*) im Allgemeinen makellos und heilig niemals einen Fehler begehen kann und dass das kollektive Volksinteresse das höchste Gut sei, das ohne Einschränkung verfolgt werden muss, ungehindert von einer kleinen Minderheit von Reichen und Wohlhabenden. So sah das Verständnis der Autoren der ersten (1954) Verfassung aus, einschließlich Mao Zedong und anderer Kommunistenführer der ersten Generation. Dieses Verständnis – oder besser Missverständnis – der Rolle des Volkes ging in die zweite Generation der Führer über, mittels revolutionärer Veteranen wie Deng Xiaoping, Chen Yun und Peng Zhen, die in erster Linie für das Erstellen der Verfassung von 1982 verantwortlich waren. Daher war das „Volk“ in der Verfassung von 1982 immer noch eine heilige Quelle, aus der alle Staatsmacht strömte.

Nominelle Macht des Volkes kann nicht in tatsächliche Macht umgewandelt werden, zumindest nicht ohne adäquate konstitutionelle Mechanismen. Keine der Verfassungen nach 1949, die Verfassung von 1982 eingeschlossen, sah ein Volksbegehren oder ein Referendum vor. Beide Verfassungen, 1954 und 1982, sahen die Volkskongresse (*renda*) vor, die von dem Volk direkt oder indirekt gewählt werden sollten, aber in der Realität wurden sie von der Regierungspartei kontrolliert. Demzufolge blieb die Volksmacht oder Volkssouveränität eher theoretisch als praktisch.

3. Gab es zum Zeitpunkt der Entstehung der Verfassung eine Debatte über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit? Falls ja, wurden diese Prinzipien vorwiegend als komplementär oder eher als antagonistisch angesehen? Wurden beide Prinzipien als gleichrangig betrachtet, oder ging man im Gegenteil davon aus, dass eine Hierarchie zwischen ihnen besteht?

Wie oben erklärt, ist die Rechtsstaatlichkeit in China ein spät entstandenes Konzept. Zur Zeit der Erstellung der Verfassung wurde sie als antagonistisch zur sozialistischen Demokratie gesehen. Auch gab es keine substantielle Diskussion über ihr Verhältnis zur Demokratie. In der marxistischen Ideologie wurde das Gesetz als In-

strument der Führungsklasse, um seine Politik auszuführen, gesehen, und diese Sichtweise wurde in den klassischen Werken wiederholt. Erst in dem Prozess der Wirtschaftsreform begann China die instrumentelle Bedeutung des Gesetzes zu realisieren, bevor es die Rechtsstaatlichkeit als ein unabhängiges Ziel mit eigenem Wert anerkannte. Da ernsthafte Diskussionen nicht existieren, kann man nur vermuten, welches Verhältnis zurzeit zwischen Gesetz und Demokratie in den Köpfen der Menschen herrscht. Geht man von einem niedrigen Rechtsstatus aus, kommt man unweigerlich zum Schluss, dass Demokratie die höchste konstitutionelle Priorität war (und noch ist), auch wenn es in der Praxis nicht mehr als ein Lippenbekenntnis bedeutet.

II. RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER VERFASSUNG

1. Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden?

Die Debatte „Messer – Wasser“ wurde weiter fortgeführt und allmählich ersetzte die Idee der Rechtsstaatlichkeit die der rechtlichen Kontrolle. Noch vor 1999 wurde die Idee schließlich in der Verfassung in ihrer vierten Änderung eingeführt. Heute wird in Art. 5 der Verfassung explizit anerkannt, dass zum ersten Mal in der Verfassungsgeschichte der Volksrepublik „der Staat gemäß der Gesetze zu regieren sei“ (*yifa zhiguo*) und „dass ein sozialistischer Staat der Rechtsstaatlichkeit etabliert werden soll“.⁴

2. In welchem Umfang und in welcher Weise sind die folgenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip), b) Vorbehalt des Gesetzes, c) Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung indivi-

⁴ Die überwältigende Mehrheit des Nationalen Volkskongresses unterstützte die Änderung. Für eine Übersicht des Änderungsverfahrens s. Qiao Xiaoyang, 'About the Background, Process, Principles, Content, and Significance of the Recent Amendment' ('Guanyu Zheci Xiuxian de Beijing, Guocheng, Yuanze, Neirong ji Yiyi'), *Chinese Legal Studies (Zhongguo Faxue)*, 1999 (2), 3-8. Für eine Diskussion über ihre Bedeutung s. 'Correspondences on the Problem of the Constitutional Amendment' ('Xianfa Xiugai Wenti Bitai'), *Studies in Law (Faxue Yanjiu)*, 1999 (3), 147-156.

dueller Rechte, d) Unabhängigkeit der Gerichte, e) Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien, insbesondere das Verbot „ne bis in idem“ und das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“?

A Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip)

An den Formulierungen der Änderung kann erkannt werden, dass die Rechtsstaatlichkeit in einem engen Verhältnis zur Absicht steht, die Staatsmacht in der Regierungsgemeinschaft zu kontrollieren. Daher wird in erster Linie die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit in China so verstanden, dass der Staat konform mit dem Gesetz zu agieren habe. Dies kann im Licht der Entwicklungen in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vor der Änderung 1999 verstanden werden. In der Tat wurden verwaltungsrechtliche Streitigkeiten (*xingzheng susong*) bereits 1982 ausgetragen, demselben Jahr, in dem die neueste Verfassung erlassen wurde. Im April 1989 überschritt der Nationale Volkskongress, trotz der prekären politischen Atmosphäre, den Grenzstein des Verwaltungsrechts (ALL), das am 1. Oktober 1990 verabschiedet wurde. Zum ersten Mal – zumindest in der Geschichte der Volksrepublik – wurde den Bürgern das Recht gegeben, die Regierung zu verklagen, wenn ihre rechtmäßigen Interessen durch die enge Interpretation offizieller Akte verletzt wurden. Im folgenden Jahrzehnt wurden die verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten zum aufsteigenden Stern in der chinesischen Rechtsgemeinschaft und konnten gegebenenfalls zu einer Verfassungsänderung führen, die die Rechtsstaatlichkeit in erster Linie als Gesetzmäßigkeitsprinzip festhielt.

Es stellt sich im Hinblick auf die Tragweite der „Gesetze“ natürlich die Frage, welche Gesetzmäßigkeit gemessen wird, denn „Gesetze“ in China können eine Menge Dinge bedeuten. Im engeren Sinne ist ein „Gesetz“ ein Akt, der vom Nationalen Volkskongress oder seinem Ständigen Ausschuss verabschiedet wird, aber im weiteren Sinne steht es oft für alle Arten von rechtlichen Normen, die von den Staatsorganen geltend gemacht werden. In der aktuellen Hierarchie der rechtlichen Normen nimmt die Verfassung theoretisch den ersten Platz ein, jedoch, entsprechend ei-

ner merkwürdigen juristischen Interpretation aus dem Jahr 1954, die auch heute noch gültig ist, können die Verfassungsbestimmungen nicht allein als Basis für richterliche Entscheidungen dienen. Mit anderen Worten, wenn ein bestimmtes Recht (z.B. das Recht auf Redefreiheit) in der Verfassung garantiert ist, nicht aber in einem anderen Statut, kann es von der Regierung ohne rechtlichen Regress missachtet werden. Noch bis vor kurzem war die Verfassung rechtmäßig nicht vollstreckbar, sie war kein „Gesetz“ in der ganzen Bedeutung des Begriffs. Daher wird der Chinese mit dem Dilemma konfrontiert, dass die Verfassung das „wesentlichste Gesetz ist“ (*genben dafa*), sie aber kein „Gesetz“ in der eigentlichen Bedeutung ist. Auch die Verabschiedung des Verwaltungsrechts (ALL) änderte an dieser Tatsache nichts und konnte auch nichts daran ändern. Nur die jüngste Gerichtsentscheidung, auf die wir am Ende zurückkommen werden, bietet ein wenig Hoffnung in diesem seltsamen Bild.

Das Nächste in der Hierarchie sind die Statuten, die verbindliche Macht haben. Im weitesten Sinne beinhaltet der Begriff drei verschiedene Arten rechtlicher Normen. Die höchste sind die Gesetze (*falü*), die vom Nationalen Volkskongress (NVK) oder seinem Ständigen Ausschuss gemacht werden.⁵ Danach kommen die Verwaltungsgesetze (*xingzheng fagui*), Verordnungen, die von dem Staatsrat aufgestellt werden. An unterster Stelle in der Hierarchie stehen die lokalen Gesetze (*difangxing fagui*), die von den vom Staatsrat zugelassenen Volkskongressen der Provinzen, autonomer Distrikte, Präfekturen und der „relativ großen Städte“ (*jiaoda shi*) gemacht werden. In ihrer Eigenschaft als nationale Gesetze

⁵ China ist eines der wenigen Länder, in denen der Ständige Ausschuss der nationalen Legislative von der Verfassung ermächtigt ist, Gesetze zu erlassen, die rechtswirksam sind ohne Genehmigung der Letzteren. Während der Nationale Volkskongress aus beinahe 3.000 Mitgliedern besteht, ist sein Ständiger Ausschuss eine relativ kleine Körperschaft von etwas über 120 Mitgliedern, weniger als 5 Prozent der Legislative. Der repräsentative Charakter dieser Körperschaft wird von daher ernsthaft in Frage gestellt. Das neue Gesetzgebungsgesetz bestimmt, dass der Nationale Volkskongress „Strafgesetze, staatlich-institutionelle und andere grundlegende Gesetze erlassen und abändern“ soll, während der Ständige Ausschuss „andere Gesetze“ erlassen soll.

und Verwaltungsgesetze verpflichten sie die Gerichte zur Rechtsprechung im ganzen Staat, während die lokalen Verordnungen die Gerichte zu ihrer jeweiligen örtlichen Rechtsprechung verpflichten. Laut Artikel 52 des Verwaltungsrechts stellen alle Statuten die rechtliche „Basis“ (*yijü*) gerichtlicher Entscheidungen dar. Die Richter haben offensichtlich keine Macht, diese Statuten zu überprüfen, und es ist nicht klar, was sie zu tun haben, wenn ein Konflikt unter ihnen entsteht. Das Gesetzgebungsgesetz (*Lifa Fa*), das im Jahr 2000 erlassen wurde, überlässt die Lösung der legalen Konflikte dem NVK oder seinem Ständigen Ausschuss, dem Staatsrat und den anderen legislativen Organen, ohne überhaupt auf das Gericht zu verweisen und es ist schwer, die Wirksamkeit des komplexen Überprüfungsmechanismus ohne jegliche gerichtliche Intervention, in keiner Phase, vorherzusagen. So ist es letztendlich möglich, dass ein Richter sowohl ein nationales Gesetz als auch ein Verwaltungsgesetz, obwohl sie sich inhaltlich widersprechen, für einen Fall als anwendbar befindet. Beide Prinzipien und gesunder Menschenverstand würden erfordern, dass die höhere Norm geltend gemacht wird – das nationale Gesetz. Jedoch ist im chinesischen Rechtssystem der Richter, dem es an Zuständigkeit fehlt, die Rechtmäßigkeit eines „abstrakten“ Verwaltungsaktes zu untersuchen, nicht ausdrücklich gezwungen, dies zu tun.

Weiter unten in der Gesetzeshierarchie, weitreichend anerkannt als Teil des „Gesetzes“ stehen die „Regulierungen“ (*guizhang*), die entweder von den Abteilungen oder Kommissionen (*buwei*) des Staatsrates oder der Volksregierungen (*renmin zhengfu*) der oben erwähnten Orte erstellt werden. Die Rechtswirksamkeit dieser Regulierungen ist insofern ziemlich unbestimmt, als Artikel 53 des Verwaltungsrechts vorsieht, dass die Gerichte über administrative Fälle nur „in Bezug auf“ sie (*canzhao*) entscheiden sollen und eine wörtliche Auslegung der Bestimmung hieße, dass es im richterlichen Ermessen liegt, ob sie rechtskräftig sind oder nicht. Wieder würde das Prinzip einer guten Handlung erfordern, dass der Richter eine Regulierung als verpflichtend behandeln sollte, wenn und nur dann wenn sie keiner höheren Norm – den Statuten – widerspricht.

Noch ist dies, zumindest in der aktuellen Situation, keine ausdrückliche Rechtsauflage und es liegt am Richter herauszufinden, was mit „Bezug auf“ in den zu entscheidenden Fällen wirklich gemeint ist. Das Verwaltungsrecht sieht nur vor, dass in dem Fall, dass verschiedene Regulierungen in einen Konflikt geraten, das Gericht dem Staatsrat ein Gesuch mittels des Obersten Volksgerichtshofs vorbringen kann, um eine Erklärung oder ein Urteil zu erhalten (Art. 53).

Schließlich gibt es unterhalb der Ebene der Regulierungen, die aber ist in keiner Weise die letzte ist (da es noch zahlreiche weitere gibt), eine große Kategorie an „normativen Dokumenten“ (*guifanxing wenjian*), einschließlich, aber nicht darauf begrenzt, Befehle, Entscheidungen, Notizen und Instruktionen von allgemeiner Anwendbarkeit, die von einer Vielfalt an Regierungseinheiten aller Ebenen erstellt wurden, die den Umfang der „abstrakten Verwaltungsakte“ bilden. Der rechtmäßige Status dieser normativen Dokumente ist im Verwaltungsrecht nicht definiert, aber es ist allgemein anerkannt, dass sie mit derselben rechtlichen Gewichtung behandelt werden sollen wie die Regulierungen; mit anderen Worten, das Gericht soll in entscheidenden Fällen „Bezug nehmen auf“ sie. Artikel 7 des neuen Administrativen Nachprüfungsrechts sieht zum ersten Mal vor, dass die ordentlichen Verwaltungsbehörden im Überprüfungsverfahren einer Beschwerde gegen einen konkreten Verwaltungsakt, die Rechtmäßigkeit der angewandten „Regeln“ (*guiding*) auf der Ebene der Regulierungen überprüfen sollen. Mangels einer ähnlichen Bestimmung im Verwaltungsrecht wurde somit von keinem Gericht eine Überprüfung durchgeführt. Das Gericht *kann* ein normatives Dokument, das es als illegal befindet, ignorieren, auch wenn es die einzige Basis ist, auf der ein konkreter Verwaltungsakt gemacht wurde, und den Akt für ungültig mangels ordentlicher rechtlicher Basis erklären. Dies ist ein mühseliger und ineffizienter Weg, um die rechtlichen Interessen der Partei zu schützen – ineffizient, da eine Verwaltungsbehörde eine Vielfalt an Akten, auf demselben illegalen normativen Dokument basierend, durchführen kann, denn das Gericht kann diese illegalen einzelnen Akte nur dann aufheben, wenn ihm alle vorgebracht werden.

Außerdem wurde so das Problem der Ungleichheit geschaffen, denn nur diejenigen, die vor Gericht treten, um den Akt für rechtsunwirksam erklären zu lassen, haben Anspruch auf gerichtlichen Regress; diejenigen, die dies nicht tun – und das kann gut die Mehrheit Chinas sein – verpassen einfach die Gelegenheit einer solchen Leistung. Immer noch ist dieser Weg zur Lösung des Problems sicher besser, als nur die richterliche stillschweigende Billigung eines illegalen normativen Dokuments zu haben.

Obwohl China behauptet, ein Zentralstaat zu sein, ist sein rechtliches System somit weit entfernt von einer Einheit, was die „Rechtmäßigkeit“ zu einer komplexen Angelegenheit macht. Falls es China vor 1980 an geschriebenem Recht mangelte, bezeugen die zwei Jahrzehnte der Reform das Erlassen von vielen – eventuell zu vielen – Gesetzen auf verschiedenen Ebenen der Regierung und zahlreiche Konflikte unter ihnen. Die Situation verschärfte sich durch das eigennützige Verhalten der Bürokraten im Kampf um die Rechtsprechung, was zu der chaotischen Szene führte, die als „Rechtsstreit“ (*lifa dajia*) titulierte wurde. Eine Rechtsstaatlichkeit wäre unmöglich, da es viel zu viele für denselben Fall anwendbare „Gesetze“ gibt – ein Problem, mit dem die chinesischen Gerichte offensichtlich nicht umgehen können. Um das Problem zu lösen hat der NVK das Gesetzgebungsgesetz (*Lifa Fa*) im Jahre 2000 verabschiedet, das weitgehend als „das Gesetz der Gesetze“ angesehen wird, um die Rechtsstreitigkeiten zu reduzieren, wenn nicht sogar zu eliminieren. Er schuf etliche listige Mechanismen, um schwierige Rechtskonflikte zu lösen (z.B. zwischen örtlichen Rechtsvorschriften und Verwaltungsregulierungen), aber deren Rechtswirksamkeit bleibt vor allem in einem Kontext ohne Rechtshilfe abzuwarten.

B Vorbehalt des Gesetzes bezüglich der Freiheitsbeschränkung

Im Allgemeinen erfordert Chinas Grundsatz der Rechtmäßigkeit keinen Vorbehalt des Gesetzes normativer Verwaltungsakte; innerhalb des weiten Umfangs der gesetzlichen Vorsätze sind die Verwaltungen oder lokalen Verwaltungskongresse auf verschiedenen Ebenen frei, ihre eigenen

Schemata zu bilden, um höhere rechtliche Normen zu verwirklichen, den ineffizienten legislativen Revisionen, wie im Gesetzgebungsgesetz bestimmt, unterstellt. Obwohl konkrete Verwaltungsakte legislative Ermächtigung erfordern oder als *ultra vires* nach Art. 54 des Verwaltungsrechts entkräftet sind, kann ihre Rechtmäßigkeit gesichert werden durch den Erlass von Verwaltungsnormen, die den höheren rechtlichen Normen nicht zuwiderhandeln, ohne dass es notwendig ist, zuvor ausdrückliche gesetzliche Befugnis zu erhalten. Um die lokalen Regierungen von den unnötigen Einschränkungen persönlicher Rechte und Freiheiten zu schützen, bewahrt das Gesetzgebungsgesetz einen Raum für wichtige Akte, die expliziten Vorrang der Gesetze, erstellt vom NVK oder seinem Ständigen Ausschuss, erfordern. Insbesondere Art. 8 des Gesetzgebungsgesetzes sieht vor, dass Akte, die Kriminalität und kriminelle Strafe, Enthebung der politischen Rechte der Bürger oder Zwangsmaßnahmen und Bestrafungen, die die persönliche Freiheit beschränken sowie Enteignung von nichtstaatlichem Eigentum umfassen, von Gesetzesbestimmungen ermächtigt worden sein müssen.⁶

Natürlich bestehen Erwartungen an das Gesetz des Gesetzesvorbehaltes. Art. 9 des Gesetzgebungsgesetzes sieht vor, dass in dem Fall, dass kein Gesetz für die Bereiche, die in Art. 8 abgedeckt werden, erlassen wurde, der NVK und sein Ständiger Ausschuss „den Staatsrat ermächtigen können, Verwaltungsregulierungen hinsichtlich relevanter Sachverhalte je nach Bedarf zu erlassen, ausgenommen der

⁶ Der ganze Text von Art. 8: Gesetze können nur hinsichtlich folgender Sachverhalte vollstreckt werden: (i) Staatssouveränität; (ii) die Gründung, Organisation und Befugnis des Volkskongresses, der Volksregierungen, der Volksgerichte und Volksstaatsanwaltschaften auf allen Ebenen; (iii) die Unabhängigkeit ethnischer Regionen, Regierung von speziellen Verwaltungsbezirken und Autonomie auf der Grassroot-Ebene; (iv) Strafverfahren und kriminelle Strafmaßnahmen; (v) Enthebung der politischen Rechte der Bürger, oder Zwangsmaßnahmen und Strafen, die persönliche Freiheit einschränken; (vi) Enteignung nichtstaatlicher Vermögen; (vii) grundlegende Zivilsysteme; (viii) Grundaspekte des Wirtschaftssystems und Grundlagen hinsichtlich Steuern, Erhebungen, Zoll, Handel; (ix) Verfahrens- und Schiedssysteme; (x) andere Sachverhalte, für die Gesetze vom Nationalen Volkskongress oder seinem Ständigen Ausschuss erlassen werden müssen.

Sachverhalte in Bezug auf Kriminalität und kriminelle Strafe, Enthebung der politischen Rechte der Bürger oder Zwangsmaßnahmen und Bestrafungen, die die persönliche Freiheit beschränken, und das Justizwesen". Ferner sieht Art. 10 vor, dass „der Ermächtigungsbeschluss das Ziel und den Zweck der Ermächtigung spezifizieren soll. Die zuständige Behörde soll ihre Macht in enger Befolgung der Ziele und des Zwecks der Ermächtigung ausüben und seine Ermächtigung keinem anderen Organ übertragen.“ Solche Art der Ermächtigung ist von temporärer Natur und soll nicht für immer gelten.⁷

Obwohl der Staatsrat grünes Licht für das Verfahren der regulierenden Bereiche, die von Art. 8 abgedeckt sind, gab, kann er demnach persönliche und zivile Rechte ohne vorherige Ermächtigung nicht antasten. In der Praxis gab es trotzdem einige beachtenswerte Ausnahmen. Zum Beispiel wurde im Fall Sun Zhigang (2003) das aktuelle offenkundige Inhaftierungs- und Deportationssystem für Übertretung des Art. 8 der Gesetzgebung angefochten. Das System wurde für einige Jahrzehnte von einer Regulierung des Staatsrates, den Maßnahmen für Inhaftierung und Deportation von Landstreichern und Bettlern, ohne explizite gesetzliche Ermächtigung vollzogen.⁸ Drei junge Juristen ersuchten den Ständigen Ausschuss um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Verfassungsmäßigkeit des Inhaftierungssystems entsprechend der Gesetzgebung, aber dieser unternahm wie gewöhnlich nichts – im Gegensatz zum Staatsrat, der schnell handelte und die Maßnahmen für rechtsunwirksam erklärte und eine Methode der freiwilligen Hilfe an seiner Statt verordnete. Es gibt immer noch andere flagrante ausstehende Übertretungen des Art. 8, die umstrittenste davon ist das System der Arbeitsumerziehung (*laodong jiaoyang*), erstellt um die Freiheit der Personen einzu-

schränken, die Vergehen begangen haben, deren Schwere aber nicht ausreicht, um diese Taten als Verbrechen ansehen zu können. In solchen Fällen gibt es offensichtliche Freiheitsberaubungen, wie in dem Inhaftierungsfall; das System der Arbeitsumerziehung wird vom Staatsrat ohne gesetzliche Ermächtigung praktiziert.

Unnötig zu erwähnen, dass Art. 8 des Gesetzgebungsgesetzes auf die Zuständigkeitsbereiche begrenzt ist; es gibt keine allgemeine Verfügung, die gesetzlichen Schutz vor allen Einschränkungen der Grundrechte bietet. Zum Beispiel kann der Staatsrat, da das religiöse Recht nicht der Kategorie der „persönlichen“ oder „politischen“ Rechte zugeordnet wird, religiöse Freiheit ohne vorherige Ermächtigung rechtmäßig beschränken, obwohl dieses gemeinhin als Grundrecht angesehen wurde.⁹ So wie die Ausdrucksfreiheit, die allgemein zu den wichtigsten Bürgerrechten gezählt wird, in die Kategorie des „politischen Rechts“ nach Chinas Strafrecht fällt,¹⁰ und die Pressefreiheit und das Versammlungsrecht vom Staatsrat und den lokalen Regierungen ohne vorherige gesetzliche Ermächtigung des NVK oder seines Ständigen Ausschusses strikt geregelt werden.

C Zugang zu den Gerichten

So wie es derzeit aussieht, ist der Zugang zu den Gerichten im Fall von Rechtsberaubungen sehr begrenzt. Den Gerichten fehlt es nicht nur an konstitutioneller Zuständigkeit im Allgemeinen, wodurch sie unfähig sind, jegliche gesetzliche oder administrative Verletzung der Verfassungsrechte zu ahnden, es fehlt ihnen auch an ordentlicher Zuständigkeit zur Überprüfung und Unterbindung normativer Überschrei-

⁷ Art. 11 des Gesetzgebungsgesetzes erklärt weiter: In Angelegenheiten, die seine Zuständigkeit betreffen und den Erlass eines Gesetzes erforderlich machen, erlässt der Nationale Volkskongress oder sein Ständiger Ausschuss in angemessener Zeit ein Gesetz. Nach Erlass des Gesetzes erlischt die entsprechende Zuständigkeit der gesetzgebenden Autorität hinsichtlich des entsprechenden Sachverhalts.

⁸ Siehe z.B. Zhang Qianfan, Chinese Legal Reforms in the Aftermath of the Sun Zhigang Incident, 4 *Asia Law Review* 1-39 (2007).

⁹ Natürlich schützt die Verfassung an sich das Recht auf religiöse Freiheit unter Vorbehalt, indem sie den Staat nur verpflichtet, „normale“ (*zhengchang*) religiöse Aktivitäten zu schützen, und ihn dazu ermächtigt, in religiöse Aktivitäten einzugreifen, wenn diese den Hauptprinzipien der Verfassung widersprechen oder die Gesellschaftsordnung bedrohen. (Art. 36).

¹⁰ Art. 52-58 des Strafrechts setzen „zusätzliche Strafmaßnahmen“ (*fujia xing*) fest, die bei verübten Straftaten verhängt werden können, die nicht in die reguläre Strafgesetzgebung fallen, zusammen mit „politischen Rechten“, die nicht nur das Wahlrecht und die Aufstellung zur Wahl umfassen, sondern auch die Ausdrucksfreiheit.

tungen von Rechtsansprüchen überhaupt. In dem aktuellen Rahmenwerk, vom Verwaltungsrecht bestimmt, ist der einzige offenstehende rechtliche Weg für einen Bürger, eine Klage einzureichen gegen einen konkreten Verwaltungsakt, der angeblich seine oder ihre gesetzlich geschützten persönlichen oder Eigentumsrechte verletzt hat. Obwohl es kürzlich einige mutige gerichtliche Entscheidungen gab, die den Anwendungsbereich der Überprüfung vergrößerten und die Möglichkeit eines Verfassungsbeschlusses boten, ist dies bis heute die Regel.

Das Verwaltungsrecht beginnt mit einer neuen Philosophie, die einen Verwaltungsprozess initiiert, der ein Gleichgewicht zwischen individuellen Rechten und administrativer Macht erreichen soll. Die Idee ist in den Allgemeinen Prinzipien (Kapitel 1) des Verwaltungsrechts ausgiebig reflektiert worden. Um das Gleichgewicht zu erreichen, sieht der Artikel 1 des Verwaltungsrechts vor, dass es sein Ziel ist, „die gesetzlichen Rechte und Interessen der Bürger, legaler Personen und anderer Organisationen zu schützen und zu gewährleisten und zu überwachen, dass die Verwaltungsbehörden ihre administrativen funktionalen Mächte (*zhiquan*) dem Gesetz zufolge ausführen“. Obwohl über die Bedeutung des Wortes „gewährleisten“ von einigen Gelehrten disputiert wurde, gibt es eine allgemeine Übereinstimmung darüber, dass die wirksamste Rolle des Verwaltungsrechts nicht die Gewährleistung der Erfüllung der administrativen Funktionen ohne unangemessene Interventionen ist (insbesondere von anderen Verwaltungsbehörden oder persönlichen Mächten), sondern vielmehr die Gewährleistung der juristischen Inanspruchnahme seitens der Bürger gegen offizielles Fehlverhalten. Artikel 2 sieht vor, dass „jeder Bürger, legale Person oder Organisation, der glaubt, dass der konkrete Verwaltungsakt einer Verwaltungsbehörde oder ihrer Angestellten sein oder ihr gesetzmäßiges Recht oder Interesse verletzt, durch dieses Gesetz Anspruch auf einen Prozess“ vor Gericht hat. Artikel 7 betont weiter den gleichberechtigten rechtlichen Status der Parteien in Verfassungsprozessen.

Auftretende Widersprüche in verschiedenen Bestimmungen des Verwaltungsrechts

haben einige Streitgespräche über den exakten Zweck der Gerichtsbarkeit (*shou'an fanwei*), die den Gerichten verliehen ist, ausgelöst. Eine wörtliche Auslegung des Artikels 2 sagt scheinbar aus, dass die Verletzung jedes „gesetzlichen Rechts oder Interesses“ durch einen konkreten Verwaltungsakt möglicherweise als Basis für eine Klage gegen die verletzende Verwaltung dienen kann. Doch werden in Artikel 11 spezifische Beschränkungen aufgelegt, indem sieben Kategorien von Verwaltungsakten aufgelistet werden, die ein Bürger vor Gericht bringen kann.¹¹ Sie enden mit einer umfassenden Klausel, die denjenigen Recht einräumt, die annehmen, dass die Verwaltungsbehörde „andere persönliche Rechte und Eigentumsrechte verletzt hat“. In Artikel 12 werden ferner vier Kategorien von Akten von einem Prozess ausgeschlossen, einschließlich der „Staatsakte“ Dies betrifft Akte, die mit dem Ziel oder im Verlauf einer Nationalen Verteidigung und aus diplomatischen Gründen begangen wurden, Verwaltungsgesetze oder alle „Verwaltungsbeschlüsse und -anordnungen mit allgemeiner Bindungswirkung“, alle „internen“ Entscheidungen, die von einer Verwaltungsbehörde getroffen wurden hinsichtlich ihrer Angestellten, und Verwaltungsurteile, die vom Gesetz als „endgültig“ (*zhongji*) definiert werden.

In Übereinstimmung mit dem maßgeblichen Verständnis der chinesischen Rechtsgemeinschaft arbeiten Artikel 11 und 12 zusammen, um die Rechtsprechung der Verwaltungsprozesse zu begrenzen. Im Grunde definiert das Verwaltungsrecht

¹¹ Die sieben Kategorien enthalten vier Arten von positiven Akten – „administrative Strafmaßnahmen“ (*xingzheng chufa*), wie Inhaftierungen, Geldstrafen, Aberkennung von Genehmigungen und Lizenzen, Beendigung von Produktion und Betriebsführung, Konfiszierung von Eigentum; „administrative Beugemaßnahmen“ (*qiangzhi cuoshi*), wie Eingrenzung der persönlichen Freiheit oder Beschlagnahmung und Auflösung von Eigentum; Akte, die die „Management-Autonomie“ (*jingying zizhuquan*) wie vom Gesetz festgelegt, betreffen; und Akte, die die Erfüllung der Verpflichtungen gegen das Gesetz erfordern – und drei Arten negativer Akte: Weigerung (oder Untersagung) der Ausstellung von Genehmigungen oder Lizenzen, wenn der Antragsteller glaubt, dass alle Bedingungen erfüllt sind; Weigerung (oder Untersagung) des Schutzes von persönlichen und Eigentumsrechten als Teil der rechtlich bestimmten Pflichten und Unterlassung der Auszahlung von Renten, wie es vom Gesetz gefordert wird.

Rechtsprechung durch das Modell der Aufzählung. Während in Artikel 11 die spezifischen Bereiche der Verwaltungsakte aufgezählt werden, die von den Gerichten überprüft werden, werden in Artikel 12 bestimmte Bereiche der Akte einer gerichtlichen Überprüfung verwehrt.¹² Der Gesetzestext in Artikel 11 zeigt an, dass die Rechtsprechung hinsichtlich der Verwaltungsentscheidungen knapper ist als die wörtliche Auslegung des Artikels 2, der bloß ein Leitfaden für das Gericht im Umgang mit Verwaltungsprozessen darstellt. Nur „persönliche und Eigentumsrechte“ – nicht alle „Rechte und Interessen“ –, die von einer Verwaltungsbehörde verletzt wurden, können als Basis für einen Verwaltungsprozess gelten.

In einigen jüngeren Fällen waren die Gerichte allem Anschein nach bereit, die Rechtsprechung auszudehnen, um „das Recht auf Bildung“ (*shou jiaoyü quan*)¹³ abzudecken, das weder einfach den „persönlichen Rechten“ noch den „Eigentumsrechten“ zugeordnet werden kann. Im „Administrativen Nachprüfungsrecht“ (Administrative Reconsideration Law – ARL) von 1999 wurde verkündet, dass die Verletzung eines solchen Bildungsrechts nicht als Basis dienen kann, um einen Verwaltungsprozess zur „nochmaligen Prüfung“ zu initiieren, was im Grunde ein Rechtsmittelverfahren innerhalb der Verwaltungsbehörde darstellt. Noch differiert gewiss das Recht und die Gerichte sind nicht berechtigt – letztendlich nicht verpflichtet –, die Bedeutung des Artikels 11 „anzunehmen“ mangels einer expliziten Änderung des Wortlauts des Administrativen Nachprüfungsrechts, um ihre Rechtsvorschriften in „Übereinstimmung“ zu bringen.

Artikel 11 und 12 des Verwaltungsrechts stellen außerdem klar heraus, dass nur „konkrete“ (*juti*) im Gegensatz zu „abstrakten“ (*chouxiang*) Verwaltungsakten prozessiert werden können. Das chinesi-

sche Gericht ist schlicht nicht ermächtigt, rechtmäßig einen Verwaltungsakt von allgemeiner Anwendbarkeit zu verurteilen, nicht einmal eine der niedrigsten Anordnungen in der normativen Hierarchie (mehr weiter unten). Die Differenzierung zwischen „konkret“ und „abstrakt“ hat eine große Verwirrung und einen Streit zwischen den Theoretikern und den Praktikern ausgelöst. Im Versuch, die Differenzierung zu klären, hat der Oberste Volksgerichtshof eine „Erklärung“ über die „konkreten“ Akte abgegeben; jedoch wurde dies als wenig hilfreich empfunden und es wurde dann eine andere juristische Erklärung abgegeben, die einen „abstrakten“ Akt als „ein administratives normatives Dokument, das keine speziellen Ziele verfolgt und wiederholt anwendbar ist“ bezeichnet.¹⁴ Es ist unwahrscheinlich, dass die letztere Erklärung den Richtern eine größere Hilfe dabei bieten wird, zu bestimmen, ob sie den Fall ablehnen sollen, da der angefochtene Akt „abstrakt“ und nicht „konkret“ ist.

D Vom Verwaltungsrecht zum Konstitutionalismus?

Da es China an einem Mechanismus für Verfassungsbeschlüsse mangelt, sind alle Fälle von konstitutioneller Natur in Verwaltungsprozessen oder auf anderem Wege ausgetragen worden. Dies ist die offensichtlichste und fundamentalste Einschränkung im konstitutionellen Zusammenhang in China. Im Jahre 2001 entfachte der Fall Qi Yuling gegen Chen Xiaoyi und andere viele Spekulationen über die „Rechtsprechung“ der chinesischen Verfassung. 1990 bestand Qi die einstweilige Prüfung für den Eintritt in die Mittelschule (*zhongzhuan*) und wurde zur Handelsschule Jining zugelassen. Doch nahm ihre Mitschülerin Chen die Zulassungsbestätigung Qis an sich und studierte dann an der Handelsschule Jining unter Qis Namen und mit Qis persönlicher Akte. Als Chen im Jahre 1992 den Abschluss bekommen sollte, vergaß ihr Vater, das Gesundheitszeugnis durch das Zeugnis in der Originalakte zu ersetzen, und Chen nahm eine Stellung unter Qis Namen an. Erst nach zehn Jahren fand Qi, die eine niedrigere Handarbeit in Ermangelung an einer technischen Ausbildung in dieser Zeit ausgeübt hatte und nun arbeitslos war

¹² Zum Beispiel Akte der Konfiszierung oder Begrenzung von persönlicher Freiheit im Rahmen der nationalen Verteidigung. Diese Auslegung beinhaltet immer noch den Widerspruch, dass letztendlich die Ausnahme der „abstrakten administrativen Akte“, wie in Artikel 12 vorgesehen, überflüssig scheinen, da Artikel 11 die anfechtbaren Akte auf die „konkreten“ Akte begrenzt.

¹³ Siehe z.B. Zhan Zhongle et al., Liu Yanwen v. Beijing University, *Zhongwai Faxue*, 2000 (4).

¹⁴ *The SPC Gazette*, 2000 (3): 87.

(*xiagang*), den Betrug heraus und prozessierte. Das Gericht der mittleren Ebene von Tengzhou in der Shangdong Provinz verordnete, dass die Angeklagte 35.000 Yuan für den psychischen Schaden, der durch die Verletzung des Rechts der Klägerin entstanden worden war, zu zahlen habe, aber es lehnte ab, einen Rechtsbehelf für die Verletzung des Rechts auf Bildung zu stellen.

Während der Berufung entschied der Oberste Volksgerichtshof in einer extrem kurzen Antwort auf die Anfrage des Obersten Gerichts Shandongs, dass das „Recht des Klägers auf Bildung, wie es in der Verfassung statuiert ist“ verletzt wurde.¹⁵ Dies ist der erste Fall, in dem der Oberste Volksgerichtshof explizit eine Verfassungsbestimmung als einzige Basis für das Recht des Klägers und vielleicht noch wichtiger für die Schuld des Angeklagten heranzog. Das Oberste Gericht von Shandong ging weiter und ordnete an, dass die Angeklagte 100.000 Yuan zu zahlen hatte für den erlittenen Verlust der Klägerin aufgrund der Verletzung ihres Rechts auf Bildung.

Natürlich ist die richterliche Entscheidung, obwohl sie als „erster Fall, der die Verfassung prozessiert“ (nachfolgend „Erster Verfassungsfall“) freudig begrüßt wurde,¹⁶ nicht ohne Probleme. Vorrangiges Problem ist die Anwendbarkeit der Verfassung als erstes *öffentliches* Recht. Wie die chinesische Rechtsgemeinschaft schon aufmerksam registrierte, wurde die Verfassung in diesem Fall bei einer falschen Partei angewandt: der erste Beklagte ist eine Privatperson und keine öffentliche Institution, bei der die Verfassungsbestimmungen normalerweise angewendet werden, und solch eine Anwendung resultiert in einer „Bürgerschuld“, die dem öffentlichen Gesetz unbekannt ist. Die Entscheidung wäre perfekt gewesen, wenn in diesem Fall die Verfassungsbestimmungen nur auf die öf-

fentlichen Teile angewandt worden wären, d.h. die Hochschule, die spezialisierte Handelsschule und/oder die Bildungskommission des Distrikts, die davon betroffen waren. Diese offensichtlichen Probleme warfen die Frage der Gültigkeit der ersten Verfassungsentscheidung des Obersten Volksgerichtshofs auf und machen es unmöglich, dass dieser Fall zu „Chinas Marbury gegen Madison“ werden kann.

Trotz seiner Beliebtheit in der Presse ist die Entscheidung an sich nur von begrenzter Bedeutung insofern, als eine Verfassungsbestimmung ohne – nicht gegen – legislative Bestimmungen angewandt wurde. In diesem Sinne repräsentiert sie eine „schwache“ Form der Verfassungenanwendbarkeit, im Kontrast zur „starken“ Form im Fall Marbury, der einen gerichtlichen Beschluss im Gerichtsakt aufhob. Wie in Teil II dargestellt, steht momentan außer Frage, dass das chinesische Gericht eine solche Macht ausüben kann; solch eine judikative Macht würde eine fundamentale Änderung in der vorliegenden Verfassung erfordern. In der Tat fehlt es, so wie es aussieht, dem chinesischen Gericht an Macht, sogar um Verfassungsakte auf ihre „abstrakte“ oder „normative“ Natur hin zu überprüfen. Somit ist die unmittelbare Bedeutung des Ersten Verfassungsfalls insofern begrenzt, als die Verfassungsbestimmungen in den Gerichtsbeschlüssen direkt angewandt werden können, und dies ist nur in den Fällen von Bedeutung, wo anwendbare Statuten oder normative Dokumente *nicht* gefunden werden können.

Obwohl seine Beweisführung nicht frei von Fehlern ist, bietet der Erste Verfassungsfall viel versprechende Hoffnungen, nicht nur für das Recht auf Bildung, sondern auch für die chinesische Verfassung im Ganzen. Das westliche Experiment auf der anderen Seite des Atlantiks deutet darauf hin, dass eine Verfassung nicht zählt, falls sie nicht irgendwie „prozessiert“ ist – in den Vereinigten Staaten durch die ordentlichen Gerichte, und markanter vom Föderalen Obersten Gericht; in Frankreich vom Verwaltungsrat und in Deutschland von den Bundes- und Staatsverfassungsgerichten. Der Erste Verfassungsfall markiert den Anfang für die chinesische Verfassung, sich in derselben Richtung zu entwickeln. Die Entwicklung wird wahrscheinlich langsam

¹⁵ *Response Regarding Whether One Who Violated the Constitutionally Protected Basic Right to Education of the Citizen Should Bear Civil Obligation*, Judicial Interpretation (2001) No. 25.

¹⁶ Um präzise zu sein, ist dies *nicht* der „erste Fall“, in dem die Verfassung als Basis für ein Gerichtsurteil zitiert wird, denn viele Zivilgerichte taten dies in ihren Urteilen schon früher. Aber es *ist* das erste Mal, dass der Oberste Volksgerichtshof explizit bekennt, dass die Verfassungsbestimmungen als einzige Basis für ein Urteil herangezogen werden können. .

und langwierig, da sich der Oberste Volksgerichtshof in den vergangenen Jahren nicht von dem ordentlichen Recht des Verwaltungsgesetzes zum Konstitutionalismus bewegt hat.

E Unabhängigkeit der Gerichte

Das Problem der Unabhängigkeit der Gerichte ist vor allem im Bereich des Verwaltungsrechts akut, weil hier die Unabhängigkeit der Gerichte wahrscheinlich am ehesten von mächtigen Verwaltungsbehörden gefährdet und untergraben wird. Dies trifft teilweise auf China zu, wo die Gerichte keinen sonderlich respektierten Stand haben und ihr Wohlergehen von der Verwaltung direkt kontrolliert wird. Zugegebenermaßen erweitert das Gericht manchmal seine Rechtsprechung, um mehrere Fälle unter den Schirm der gerichtlichen Revision zu bekommen, wie wir im Bereich des Rechts auf Bildung gesehen haben; aber dasselbe Gericht kann genau das Gegenteil tun, um zu vermeiden, jemanden zu verletzen, der sowohl die Macht als auch die Geldmittel kontrolliert – und es ist derselbe Geldbeutel, der über die gerichtlichen Geldmittel verfügt. Ohne Unabhängigkeit der Gerichte wird die Qualität des Verwaltungsrechtsstreits sehr in Frage gestellt.¹⁷ Obwohl ein chinesischer Richter eine Menge Rechte genießt, einen unabhängigen institutionellen Status eingeschlossen,¹⁸ ist

er in der Praxis weit entfernt von der Unabhängigkeit. Der Mangel an Unabhängigkeit der Gerichte bildet das Herz des so genannten „richterlichen Syndroms“, was vier zusammenhängende Aspekte umfasst: die geringe professionelle Qualität und die niedrigen Zugangsvoraussetzungen des chinesischen Richteramts, der Mangel an adäquater Finanzierung der Zentralregierung und an Vertrauen in die lokale Regierung, die zu unverhohlener lokaler Protektion geführt hat, die ineffizienten strukturellen Einrichtungen innerhalb der Gerichte, die die administrative Kontrolle auf Kosten der Unabhängigkeit der Gerichte der unabhängigen Richter hervorheben, und die Empfänglichkeit der chinesischen Gerichte für verschiedene Formen der Korruption.

Lange Rede, kurzer Sinn: Das chinesische richterliche Syndrom ist eine Kombination aus persönlichen und institutionellen Problemen, die sich gegenseitig zu einem stabilen Gleichgewicht verstärkt haben. Auf institutioneller Ebene sind die chinesischen Richter, viel zu viele, unterbezahlt und es fehlt an ordentlicher Finanzierung, um die richterlichen Funktionen auszuführen; die lokalen Kontrollen von richterlichen Finanzen und Ernennungen haben die chinesischen Gerichte für lokale Forderungen auf Kosten ihrer Unabhängigkeit und der nationalen Einheitlichkeit des Gesetzes sehr empfänglich gemacht; das administrative Kontrollmodell der internen Gerichtsstruktur drückt den unabhängigen Geist der chinesischen Richter nieder und macht sie in gerichtlichen Entscheidungen abhängig von administrativen Führern. Die dürftigen institutionellen Vorkehrungen haben die chinesischen Gerichte zu einem unattraktiven Platz für die richterlichen Eliten gemacht. Somit sind scheinbar widersprüchliche Ansprüche nicht schwer zu verstehen: auf der einen Seite ist die Körperschaft der chinesischen Gerichte zu solch einer Größe angewachsen, dass sie einen bedeutenden Teil der Mittel absorbiert und eine schwere Bürde für die Gesellschaft bildet;¹⁹ auf der

¹⁷ Es wurde berichtet, dass das Projekt der „Zerstörung und Entfernung“ (*chaiqian*) von alten Gebäuden viele Stadtbewohner verletzte, trotzdem instruierte der Oberste Gerichtshof von Beijing seine nachgeordneten Gerichte, jede Anfechtung (einige in großem Stile) dieser Verwaltungsbeschlüsse zu verweigern, da den Gerichten angeblich an Gerichtsbarkeit „fehle“, um einzugreifen.

¹⁸ Artikel 126 der Verfassung besagt, dass die chinesischen Gerichte „judikative Macht gemäß der Gesetzesbestimmungen haben und nicht von administrativen Agenturen, sozialen Organisationen, Privatpersonen beeinträchtigt werden sollen“. Artikel 8 des Richtergesetzes geht weiter: Ein chinesischer Richter hat Anspruch auf „(1) Macht- und Arbeitsbedingungen, um der Verpflichtung des Richterberufs nachzugehen; (2) Verhandlungen gemäß des Gesetzes frei von der Beeinträchtigung durch administrativen Agenturen, sozialen Organisationen, Privatpersonen; (3) Schutz vor Degradierung, Entlassung, Pensionierung oder Bestrafungen ohne triftigen Grund und auf eine Prozedur, die vom Gesetz festgelegt ist“. Zur Differenzierung zwischen dem chinesischen Verständnis von Unabhängigkeit der Gerichte, verkörpert vom Gericht als einem kollektiven Gebilde und der westlichen Unabhängigkeit der individuel-

len Richter, s. Andrew Nathan, *China's Transition* (Columbia University Press, 1997), 239.

¹⁹ Laut einer Analyse ist das Verhältnis von Beamten zur Bevölkerung in China 17-mal größer als früher: von 1:600 bei Gründung der Volksrepublik China zu 1:34 heute. S. Ge Jianxiong, *The Burden of the Whole Society* ('Quanshehui de Fudan'), *South Weekend News* (17. Juli 1998), zitiert in:

anderen Seite gibt es in China einen Mangel an Juristen.²⁰ Vielen, die den Richtertitel erworben haben, fehlt die Fähigkeit, sich wirklich vor Gericht zu stellen und über Fälle zu entscheiden; dies gilt sogar für einige der kompetenten Richter, die die erweiterten Programme verschiedenster Art absolviert haben und in großem Maße die anderen Juraabsolventen überragen.²¹ Die allgemein geringe Qualität der Richter und ihre armseligen Arbeitsbedingungen haben die chinesischen Gerichte empfänglich für Korruption gemacht, die der Rechtsreform weitere Hindernisse in den Weg stellt, und die Stabilität des existierenden Systems untermauert.

3. Ist das Demokratieprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Falls nein, ist die Demokratie als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

In welchem Umfang und auf welche Weise sind die folgenden Bestandteile des Demokratieprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Volkssouveränität, b) Formen der repräsentativen und der partizipativen, d.h. direkten Demokratie, c) Verfassungsgarantien eines echten Mehrparteiensystems, d) das Recht in echten, wiederkehrenden Wahlen zu wählen und gewählt zu werden, nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl, e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Körperschaften (d.h. entweder durch die ordentlichen Gerichte oder durch

spezielle, mit den Garantien der Autonomie und Unabhängigkeit ausgestattete Wahlgerichte)?

Wie oben erklärt, ist das Demokratieprinzip in die Verfassung von 1982 aufgenommen worden, mit der Bedeutung, dass das „Volk“ der absolute Ursprung aller Staatsgewalt ist. Art. 2 der Verfassung sieht vor, dass der Nationale Volkskongress und die lokalen Volkskongresse die Staatsorgane sind, die die oberste Macht im Namen des Volkes ausüben, indem sie Regierungsbeamte, sowohl des administrativen als auch des gerichtlichen Bereichs, in anderen Abteilungen wählen und prüfen. Dies ist das Verständnis von „Volkssouveränität“, die bis zu einem gewissen Grade in China durchgeführt wird. Das Prinzip der Volkssouveränität, ein eher starker Ausdruck für Demokratie, das heute in China Verbesserung und Stärkung bedarf, ist nach wie vor eines der Grundprinzipien der aktuellen Verfassung.

Das Konzept der Volkssouveränität wirft ein spezielles Problem im chinesischen Kontext auf, in dem viele Sünden im Namen des „Volkes“ verübt worden sind. Begrifflich stehen sowohl „Volk“ als auch „Souveränität“ für ein untrennbares Ganzes und als solches repräsentiert es eine ganzheitliche Denkweise. In der Vergangenheit wurden solche ganzheitlichen Konzepte wie „Volk“ (*renmin*), „Staat“ (*guojia*), „Nation“ (*minzu*), „Gesellschaft“ (*shehui*) und „Kollektivismus“ (*jiti*) nicht nur als Gewähr genommen für reale Instanzen in China, sondern waren von höchster Bedeutung, wovor die Rechte und Interessen von Privatpersonen vollkommen zurückstanden. Seitdem die Verfassung selbst mit diesen holistischen Begriffen angereichert ist, ist die ganzheitliche Denkweise in der chinesischen Verfassungsrechtsprechung vorherrschend. In einem Artikel mit dem Titel „Die Theorie und Praxis der demokratischen Volksdiktatur“ zitiert zum Beispiel der Autor eine Standarddefinition: „Die Agentur der demokratischen Volksdiktatur ist natürlich das Volk. Zu der Zeit, als China neu gegründet wurde, umfasste das Volk die Arbeiterklasse, die Bauernklasse, die kleine Bourgeoisie der Stadt und die nationale Bourgeoisie.“²² Diese Definition

He Weifang, The Relationship between the Higher- and Lower-level Courts in the Judicial Reform ('Sifa Gaige zhong de Shangxiaji Fayuan Guanxi'), *Jurisprudence (Faxue)*, 1998 (9), 42-44.

²⁰ Zhang Weili, 'China Needs Large Batches of Talents in Law' ('Zhongguo Xuyao Dapi Falü Rencai'), *Legal Daily (Fazhi Ribao)*, (3. Oktober 1997). Der Mangel an qualifiziertem Justizpersonal ist eigentlich am stärksten in den Bereichen der schnellen Rechtsprechung spürbar. Zum Beispiel ist im Distrikt Shenzhen Special die Zahl der Fälle um über 25 Prozent jährlich gestiegen, somit fast zehnmal stärker als die Zahl der Justizbediensteten. Die Gerichte werden noch lange Zeit unter diesen Bedingungen arbeiten müssen. S. 'Judges in Shenzhen have for Long Worked Overtime and Overnight' ('Shenzhen Faguan Changqi Aoye Jiaban'), <http://www.china-judge.com/sfgg/sfgg112.htm>.

²¹ Vgl. Li Hanchang, 'An Overview of the Judges' Quality and Judicial Education in the Background of Judicial Institutional Reform' ('Sifa Zhidu Gaige Beijing xia Faguan Sushi yu Faguan Jiaoyu zhi Toushi'), *Chinese Legal Studies (Zhongguo Faxue)*, 2000 (1), 49.

²² Übersetzt nach *Collection of Essays on Constitutional Law*, 48-66. Ich möchte nicht beim Begriff

reduziert den Begriff „Volk“ auf verschiedene „Klassen“. „Klasse“ an sich ist schon ein holistisches Konzept, dessen Natur grundsätzlich verschieden ist von dem eines konkreten Individuums. Heute ist es für Chinesen trivial, die „elementare Klassentheorie“ (*wei chengfen lun*), die während der Kulturrevolution maßgeblich war,²³ zu verspotten, wobei die überall verbreiteten „Klassenkämpfe“ während der Massenbewegung Katastrophen in unvergleichlichen Dimensionen für die ganze Nation mit sich brachten. Genau aus diesem Grund erweiterten die Verfassungsänderungen im Jahre 2004 den Anwendungsbereich der so genannten „einheitlichen Front“ (*tongyi zhanxian*), um die „Erbauer der sozialen Unternehmen“, mutmaßlich private Unternehmer, einzuschließen, die von der freundlichen Kategorie des „Volkes“ während der aufeinanderfolgenden politischen Bewegungen ausgeschlossen worden waren. Dies ist eine faire (wenn auch verspätete) Anerkennung ihrer aktiven Teilnahme an der wirtschaftlichen Reform, aber wenn die chinesische Denkweise auf der holistischen Ebene verharret, würde das Insistieren auf „Volkssouveränität“ in einer kontinuierlichen Blindheit gegenüber durch die Verfassung garantierten konkreten individuellen Rechten resultieren.

Die chinesische Erfahrung hat bewiesen, wie einfach es ist, von der „Volkssouveränität“ zur „Regierungssouveränität“ überzugehen, indem der Regierungspartei auf Kosten der authentischen Macht und Rechte jedes realen Individuums sowohl theore-

tische als auch praktische Omnipotenz verliehen wird. Obwohl die Verfassung nicht die direkte Demokratie verfehlet, fördert sie die repräsentative Demokratie, indem dem Volkskongress höchste Staatsmacht zuteil wird. In Wirklichkeit werden die Wahlen des Nationalen Volkskongresses und der Lokalen Volkskongresse trotzdem kontrolliert und manipuliert, um zu garantieren, dass die Vertreter der Regierungspartei gewählt werden und dass diese höchsten Staatsorgane nicht anderes tun, als die Privilegien der Partei zu gewährleisten.

China hat nämlich explizit eine Einparteiendominanz eingeführt und ein demokratisches Mehrparteiensystem verworfen. In der Einleitung der Verfassung von 1982 wird offen das „Vierkardinal-Prinzip“ verkündet, dessen Grundsatz aussagt:

Unter der Führung der Kommunistischen Partei Chinas und des Marxismus-Leninismus, der Denkweise Mao Zedongs, der Theorie Deng Xiaopings und der bedeutenden Gedanken der „Drei Repräsentanten“ wird das chinesische Volk aller Nationalitäten weiterhin festhalten an der demokratischen Diktatur des Proletariats und dem sozialistischen Weg ...

Obwohl es acht „demokratischen Parteien“ (*minzhu dangpai*) gestattet ist, in China tätig zu sein, ist ihre gesetzliche Existenz auf der Prämisse der Akzeptanz der Führerschaft der Regierungspartei gebaut. Die Einleitung der Verfassung sagt unmissverständlich aus, dass sich unter der *Führung der kommunistischen Partei Chinas* „eine große vereinte patriotische Front gebildet hat, die aus demokratischen Parteien und Volksorganisationen besteht. Das System der Mehrparteienkooperation und politischen Konsultation, gelenkt von der Kommunistischen Partei Chinas, wird noch für eine lange Zeit existieren und sich entwickeln.“ Somit gibt es in der Verfassung zwar eine geistreiche Bemerkung über ein „Mehrparteiensystem“, aber ihre Absicht ist es, die Führungsansprüche zu untermauern, und gerade nicht politischen Wettbewerb zu fördern.

In diesem politischen Kontext ist es nicht schwierig zu verstehen, dass, obwohl einige universelle Prinzipien wie das Wahl-

„Volk“ verweilen, der ein politischer Terminus zumindest in der Verfassung von 1954 ist und die Grenze zwischen „Feinden und Freunden“ (*diwo*) markiert. Die Entwicklung von solch einem politischen Konzept der Klassenbegrenzung zu einem allgemein anwendbaren Konzept der „Menschenrechte“ ist an sich ein enormer Fortschritt. Lin Feng, *Constitutional Law in China*, Hong Kong: Sweet and Maxwell Asia (2000), 12-14.

²³ Ein einfaches Gegenbeispiel genügt, um die Schwäche der Theorie der Klasselemente darzustellen: Als Individuen kann jedes Mitglied der Arbeiter- und Bauernklasse oder anderer Klassen in der Kategorie „Volk“ Straftaten begehen, und deshalb sollten diese nicht vom Strafrecht durch die Schutzmechanismen der Verfassung entlastet werden; aus demselben Grund sind diejenigen, die von der Klasse des „Volkes“ ausgeschlossen sind, nicht notwendigerweise „Feinde“ in den Augen des Gesetzes und sollten deshalb nicht grundlos des Schutzes durch die Verfassung beraubt werden.

recht, regelmäßige Wahlen und geheimes Wahlverfahren explizit in der Verfassung von 1982 (s. bspw. Art. 34) verankert sind, diese wenig mehr als bloße Verkündigungen von demokratischen Idealen sind. In der Tat diskriminiert das Wahlgesetz des Nationalen Volkskongresses und der verschiedenen Ebenen der Lokalen Volkskongresse offenkundig das Recht der Bauern zu wählen, indem eine so genannte „Viertelwahlklausel“ verordnet wird, die ausagt, dass die Bevölkerung, vertreten von einem ländlichen Repräsentanten, in normalen Fällen das vierfache ist im Vergleich zu der eines Stadtrepräsentanten (Art. 12, 14).²⁴ Zusätzlich können einem verurteilten Verbrecher seine „politischen Rechte“ abgesprochen werden. Hierzu gehören sowohl das Wahlrecht und das Recht zur Wahl anzutreten als auch die Ausdrucksfreiheit, nicht nur während der Strafdauer, sondern auch für eine bestimmte Zeitspanne, nachdem er seine Strafe verbüßt hat.²⁵

Im Vergleich zu der Theorie und den schriftlichen Verordnungen ist die Wahlpraxis in China sogar mehr als problematisch. Wie oben dargestellt, haben die Gerichte einen sehr begrenzten Spielraum für Rechtsprechung in Verwaltungsprozessen und besitzen keine Macht, Regelwidrigkeiten zu korrigieren, die die politischen Rechte verletzen, da sie keine „persönlichen“ oder „Eigentumsrechte“ sind. Die Verletzungen sind innerhalb der Gerichtsrechtsprechung bestimmt vom Verwaltungsrecht. In einigen wenigen Fällen, in denen Regelwidrigkeiten bei den Wahlen des Dorfkomitees vorgekommen sind, haben einige lokale Gerichte ihre Bereitschaft ausgedrückt, die Rechtsprechung so auszuweiten, dass Prozesse eingeräumt werden können, aber der Oberste Volksgerichtshof hat sich nie definitiv zu diesem Aspekt festgelegt, so dass eine unüberschaubare Mehrheit der Gerichte dazu tendiert, die Rechtsprechung abzulehnen. Auch gibt es keine unabhängigen Institutionen außer den Gerichten, denen es ges-

tattet ist, über die Wahlen auf regulärer Basis Aufsicht zu führen.

III. RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

1. Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts/Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten, die freiheitsschützenden Elemente betonenden Interpretation der Rechtsstaatlichkeit oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

Bis heute ist es in China nicht die Aufgabe der Gerichte, die Verfassung oder selbst Gesetze zu interpretieren, und sogar der Fall Qi Yuling änderte nichts an der Situation. Tatsächlich legt die Verfassung explizit die Zuständigkeit der Verfassungsinterpretation in die Hände der legislativen Abteilung, des Ständigen Ausschusses, der gelegentlich die Gesetze interpretiert, aber niemals die Verfassung angerührt hat. So zum Beispiel im oben angesprochenen Fall von Sun Zhigang, als der Ständige Ausschuss ersucht wurde, die Verfassung zu interpretieren, versäumte er es wieder einmal zu handeln, und es gibt anscheinend unüberwindbare Hindernisse, die erst bewältigt werden müssen, um dann in der Lage zu sein, die Funktion auszuüben, die ihm durch die Verfassung anvertraut wurde.²⁶

Da die Verfassung lange Zeit als eine ideologische Proklamation angesehen wurde statt als rechtliches Instrument zur praktischen Problemlösung, beruhigte sich die traditionelle chinesische Verfassungsrechtsprechung selbst mit der Aufzählung der Verfassungsanordnungen und deren theoretischen Erläuterungen und hielt sich aus der Untersuchung der Anwendung der Verfassungstheorien und -anordnungen im sozialpolitischen Leben heraus. Infolgedessen hatten die chinesischen Verfassungs-

²⁴ Im 17. Plenum der Kommunistischen Partei Chinas wurde beschlossen, dass das Viertelstimmen-Wahlssystem „allmählich“ abgeschafft werden sollte, um die Gleichheit der politischen Rechte zwischen Bauern und Stadtbewohner zu verwirklichen.

²⁵ Criminal Law, Art. 34, 54-58.

²⁶ Der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses erhält jedes Jahr eine unermesslich große Zahl an Verfassungspetitionen über sein Büro für Urteilsregister und Revisionen, aber er hat nie auf eine Petition reagiert.

gelehrten dem Rechtsmechanismus der Inkraftsetzung der Verfassung nicht genügend Beachtung geschenkt. Und dies war im Großen und Ganzen die Situation in der Zeit, als die Verfassung 1982 geschrieben wurde. Unter den 55 akademischen Artikeln in der Berichtsammlung über die Verfassung behandelt nur ein Artikel die Gerichtsrevision als spezielles Thema.²⁷ Und solche Artikel, die die konstitutionelle Überwachung im Allgemeinen behandelten, betrachteten die Rationalität und Wirksamkeit des aktuellen Verfassungsmodells als gewährleistet, in dem für die Interpretation der Verfassung und Gesetze der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses verantwortlich ist, wobei ihr Thema war, solch ein vorgeschriebenes Modell der „Verfassungsüberwachung“ zu verfechten. Die Erfahrung des Vollzugs der aktuellen Verfassung seit mehr als zwei Jahrzehnten zeigt, dass der existierende Vollzugsmechanismus, in der Verfassung von 1982 definiert, offensichtlich unzureichend ist. Trotz der Zweifel an der Verfassungswidrigkeit über die in Überfluss vorhandenen konkreten oder abstrakten Regierungsakte hat der Nationale Volkskongress nie, um seine Würde zu verteidigen, die Macht der Interpretation ausgeübt, die ihm von der Verfassung übertragen wurde. Ohne einen adäquaten Vollzugsmechanismus wird die Wirkung des Verfassungstextes notwendigerweise nur Theorie bleiben, was wegen der enormen Kluft zwischen der Verfassungstheorie und der sozialen Praxis unabdingbar scheint.²⁸ Obwohl also die Einleitung und der Artikel 5 der aktuellen Verfassung explizit verkünden, dass sie das höchste Gesetz des Staates ist, ist die Verfassung grundsätzlich nicht vollzogen und es mangelt ihr an legaler Wirksamkeit in der Realität.

²⁷ Siehe *Collection of Essays on Constitutional Law*, 245-263. Es gab noch einen anderen Artikel, der Modelle der juristischen Revision erwähnt, s.ebd., 516-528.

²⁸ Zum Beispiel erklärt der Staatsrat seine Regulierung über Internierung und Deportation im Jahre 2003 für ungültig. Obwohl die Rechtsgemeinschaft den Nationalen Volkskongress mehr als einmal ersuchte und eine Verfassungsrevision forderte, zeigt die fehlende Antwort des Nationalen Volkskongresses und seines Ständigen Ausschusses wieder einmal die Unzulänglichkeit des bestehenden verfassungsrechtlichen Überwachungsmechanismus.

2. Erkennt das Verfassungsgericht die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips an? Wenn Letzteres zutrifft, welche Auswirkungen hat das a) für das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den politischen Gewalten und b) das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative?

China hat keine Institution, die mit einem Verfassungsgericht vergleichbar ist, und dies liegt teilweise daran, dass chinesische Führer wie Deng Xiaoping einst die westliche Idee der Gewaltenteilung ablehnten. Dies ist nicht verwunderlich, da alle Verfassungen nach 1949 auf dem Prinzip der Dominanz einer Partei und einer Ideologie basierten und keinen Platz ließen für Gewaltenteilung, die notwendigerweise der Konzentration aller politischen Macht in jedweder Partei oder Gruppe widerspricht. Dies führt zu der merkwürdigen Inkohärenz insofern, dass die offiziellen Forderungen, insbesondere die Disparität zwischen den Forderungen und Praktiken seit der Verfassung 1982 über die Veränderung von 1999, explizit die „Rechtsstaatlichkeit“ zum Ziel haben, was vom Staat verfolgt werden soll, wohingegen die Regierungspartei die Machtteilung aber weiterhin ablehnt, die weitgehend als ihre institutionelle Voraussetzung gilt. Und das schließt ein, dass ohne Gewaltenteilung – ohne die Bereitschaft der Regierungspartei, die Macht mit anderen politischen Gruppen zu teilen – Chinas Streben nach Rechtsstaatlichkeit, wie es schon der Fall ist, institutionell behindert sein wird.

3. Inwieweit werden die Grundrechte als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen? Sofern sie als Elemente der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, gilt dies auch für die „politischen“ Grundrechte, d.h. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit?

Obwohl die Verfassung von 1982 sowohl die Rechtsstaatlichkeit (Änderung 1999) als auch viele Grundrechte (Kapitel II der Verfassung) unterstützt, werden sie gemeinhin als separate Elemente gesehen. Und dies blieb unverändert bis zum Jahr 2004, als in der Verfassungsänderung zum ersten Mal in der Geschichte der Volksrepublik bestimmt wurde, dass „der Staat die Menschenrechte respektieren und schützen

soll". Es gibt eine Reihe von Gelehrten, die sich für das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten aussprechen, aber ihre Argumente sind von begrenzter praktischer Bedeutung.

4. Hat das Verfassungsgericht/der Oberste Gerichtshof die Elemente definiert, die Bestandteil des Demokratieprinzips sind? Welche sind diese Elemente? Werden sie weit oder eher eng ausgelegt? Definiert das Gericht das Prinzip der Volkssouveränität? Sofern dies der Fall ist, folgt es dem Konzept der uneingeschränkten Volkssouveränität oder eher einem Konzept, das die Volkssouveränität der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung sowie der gerichtlichen Kontrolle unterwirft?

Da die Gerichte in China keine Zuständigkeit in Wahlauseinandersetzungen und relevanten Sachverhalten haben, haben sie keine Rechtsprechung in puncto Demokratie. Auch haben sie keine Möglichkeit, konzeptionelle Fragen zur Volkssouveränität oder zum Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu erwägen.

IV. DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

1. Inwieweit ist die Rechtsstaatlichkeit in Ihrem Land erfolgreich verwirklicht, insbesondere mit Blick auf a) die Achtung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die politischen Gewalten und b) die Bereitschaft der politischen Gewalten, Gerichtsentscheidungen, die ihre Befugnisse beschneiden, zu befolgen und umzusetzen?

Ohne authentische Demokratie und Gewaltenteilung verlief Chinas Weg in Richtung Rechtsstaatlichkeit nicht reibungslos. Das wichtigste Kennzeichen der Rechtsstaatlichkeit ist die Leistung der Justiz. Aber, wie wir gesehen haben, werden die chinesischen Gerichte von zu vielen langwierigen Problemen geplagt.²⁹ Viele Gerichte, vor allem die in armen ländlichen Gebie-

ten, leiden unter ernsthaften finanziellen Schwierigkeiten; die Richter sind schlecht bezahlt und die professionelle Qualität schneidet im Vergleich mit ihren westlichen Gegenstücken schlecht ab; angewiesen auf die lokale Regierung, was die Bezahlung und Einberufung von Richtern angeht, ist das „Volksgericht“ nahe daran, der „Leutnant seiner lokalen Regierung“ zum Schutz ihrer territorialen Interessen zu werden. Die Gerichtsverhandlung ist unwirksam und überlässt sich selbst den Neigungen und persönlichen Einflüssen der Prozessführer; die Durchführung der Gerichtsurteile hat lange unter den niedrigen Erfolgsraten gelitten und machte einen bedeutenden Teil rechtlicher Entscheidungen zu unerfüllten Versprechungen des Staates; die Korruption der Justiz wuchs parallel zum Wirtschaftswachstum: Gesetzesmacht wird eingetauscht gegen persönliche Vorlieben und materieller Wohlstand wurde ein weithin bekanntes Phänomen unter den chinesischen Richtern, und privater Handel zwischen dem Richter und den Anwälten auf Kosten der Prozesse wurde zum Gemeinplatz.³⁰

Zurzeit fehlt es den Gerichten sowohl an sozialem als auch an politischem Respekt. Die Gesellschaft im Allgemeinen vertraut den Gerichten nicht, denen es an Unabhängigkeit fehlt, politische Gewalten respektieren die Gerichte als „letzte gefährliche“ (bzw. letzte mächtige) Gewalt in einem System, das nicht nur die Gewaltenteilung ablehnt, sondern auch einen einheitlichen Maßstab festsetzte, an der der Status jeder Abteilung gemessen wird, wobei die Gerichte dem untersten Rang zugeordnet werden. Der Präsident des Obersten Volksgerichtshofs zum Beispiel ist nicht unter den neun Mitgliedern des Politbüros, die die mächtigsten Figuren der Regierungspartei darstellen; ganz im Gegenteil, er steht unter dem Sekretär des Zentralkomitees für Politik und Recht (*zhengfa weiyuanhui*, eine Parteiorganisation), der seinerseits wiederum in der Verantwortung eines relativ niedrig gestellten Mitglieds des Politbüros steht, zuständig für rechtliche Sachverhalte. In der Tat werden einige wichtige Fälle direkt vom

²⁹ Für eine Diskussion über die existierenden juristischen Probleme in China s. verschiedene Beiträge zu einer Forschungskonferenz, organisiert von CASS Institute of Legal Studies on Governing the State according to Law and the Reform of the Judicial Institution (Yifa Zhiguo yu Sifa Tizhi Gaige Yantaohui), veröffentlicht in: *Studies in Law (Faxue Yanjiu)*, 1999 (4), 151-160.

³⁰ Gong Depei, 'The Phenomenon of Judicial Partiality Must be Eliminated' ('Yao Dujue Sifa Bugong de Xianxiang'), *People's Court Daily (Renmin Fayuan Bao)*, 28. April 2000.

Politbüro diskutiert und entschieden, dessen Entscheidungen, in richterliche Ansichten eingebaut, umgesetzt werden. In solch einem System ist es für die Gerichte unmöglich, substanziell die Macht der mächtigen politischen Gewalten einzuschränken, noch weniger sie zu verpflichten, ihre Regelungen zu befolgen und umzusetzen. Die Richtung der Kontrolle verläuft eher entgegengesetzt.

2. Inwieweit ist die Demokratie in Ihrem Land verwirklicht, insbesondere mit Blick auf den Schutz und die Förderung a) eines echten Mehrparteien-Systems und b) die in regelmäßigen Abständen erfolgende Organisation und Überwachung freier und fairer Wahlen unter der Kontrolle unabhängiger Wahlkörperschaften?

Da die aktuelle Regierungspartei jedes kompetitive politische System ablehnt und alle kleinen „demokratischen Parteien“ nur auf kooperativer Basis tätig sind, gibt es keine organisierte Opposition zur Einparteiendominanz. Solch ein System wird weder wirklich freie Wahlen durchführen, aus Furcht, dass die Wahlergebnisse den Interessen der Regierungspartei entgegenwirken, noch wird es einer wahren unabhängigen Behörde erlauben, die Wahlen zu beaufsichtigen, damit Fairness im Wahlprozess gewährleistet werden kann.

3. Falls es Defizite in Bezug auf I. oder II. gibt, was sind die Ursachen für diese Defizite? Würden Sie sagen, dass die Implementierung des einen oder des anderen Prinzips in Ihrem Land weiter vorangeschritten ist? Falls ja, was sind die Gründe für den unterschiedlichen Implementierungsgrad? Welche Wechselwirkungen zwischen beiden Prinzipien lassen sich in Ihrem Land beobachten? Was sind die Konsequenzen dieser Wechselwirkung für die Implementierungsfrage?

Obwohl die Verfassung von 1982 sowohl die Demokratie als auch die Rechtsstaatlichkeit unterstützt, weist China offensichtlich in beiden Aspekten eine Unzulänglichkeit auf. Die Rechtsstaatlichkeit wurde nur in der Änderung von 1999 der Verfassung hinzugefügt, aber es ist ein vergleichsweise einfach umzusetzender Aspekt, wobei seine Umsetzung einen größeren Fortschritt gemacht hat als die der Demokra-

tie. Der Hauptgrund dafür ist, dass die Rechtsstaatlichkeit wesentlich direkter mit ökonomischen Faktoren und dem Wirtschaftsmarkt ist – ein Ziel, das die Regierungspartei konsequent unterstützt, spätestens seit dem Sturz der „Gang of Four“ im Jahre 1976. Die Wirtschaftsreform wurde von der Hauptströmung der Partei durchweg unterstützt, da sie nicht nur der wichtigen Funktion dient, der Einparteienherrschaft Legitimität zu verleihen – umso wichtiger, da solch eine Funktion nicht von einer nicht funktionierenden Demokratie geboten werden kann und außerdem reiche „Mieten“ für die Beamten abfallen, die behördlichen Ermessensspielraum haben. Obwohl die Geltendmachung der Rechtsstaatlichkeit den persönlichen Interessen der Beamten oder zumindest der Regierungspartei als Ganzes in bestimmten Situationen auch zuwiderlaufen kann, ist solch ein Konflikt nicht eine absehbare Notwendigkeit, in vielen Situationen kommt der Konflikt der rechtlichen Interessen eher unter verschiedenen Gesellschaftsgruppen vor als zwischen der Gesellschaft und der Partei oder Regierung. Allenfalls erscheint Rechtsstaatlichkeit als politisches neutrales Programm, das eher unabhängige Urteile frei von politischen Schlussfolgerungen fordert als die politische Machtteilung absolut androht.

Hingegen bezieht sich Demokratie direkt auf die endgültige Frage der Staatsführung: Wer wird aktuell die Macht besitzen, um das Land zu regieren? Und diese Frage wird immer den Nerv der Regierungspartei treffen. Demokratie wurde somit nicht wirklich eingeführt, obwohl jede Verfassung nach 1949 bekennt, dass die Regierung auf Volkssouveränität basiert, und sie wird es auch in Zukunft nicht ohne grundsätzliche Änderungen in der Machtstruktur Chinas. Substanzielle Verbesserung im Wahlverfahren hat sich ebenfalls als äußerst schwierig erwiesen. Die Regierungspartei war den Bestrebungen, die systematisch ihre Dominanz bedrohen, lange feindlich gesonnen, obgleich sie individuelle Urteile nicht immer vollkommen in ihrem eigenen Interesse tolerieren kann (in vielen Situationen musste sie es).

In der Tat kann es sich bewährt haben, dass die Regierungspartei Programme über den Obersten Volksgerichtshof eingeführt

hat, um die gerichtliche Qualität zu verbessern. Folglich ist die Rechtsreform ein beliebter Gegenstand sowohl unter den chinesischen Rechtsgelehrten als auch den Justizbeamten, alle streben an, dem chinesischen „Justizsyndrom“ Abhilfe zu schaffen. Im Oktober 1999 hat der chinesische Oberste Volksgerichtshof zum ersten Mal in seiner 50-jährigen Geschichte einen Entwurf einer Rechtsreform veröffentlicht: „Der Plan einer fünfjährigen Reform des Volksgerichts“ (nachfolgend Plan). Der Plan gesteht offen ein, dass die existierende Rechtsstruktur in China verbessert wird, um die Macht und Autonomie der individuellen Richter zu erweitern, um so die Rechtswirksamkeit als auch die Fairness zu garantieren. Die Richter (*Faguan*), deren bisherige Qualifikationen präzise begutachtet werden sollen, werden sorgfältig aus dem bestehenden Bestand der Justizgerichte und Anwälte besonders unter dem Aspekt ausgewählt, dass ihre Leistungen hervorragend waren, und sie werden „Richter im wirklichen Sinne sein“.³¹ In der Zwischenzeit wird das Rechtspersonal, das nicht dem Standard entspricht, seiner Stellung enthoben (*Xiagang*). Nachdem der erste Plan 2004 abgelaufen war, führte der Oberste Gerichtshof einen zweiten, weniger motivierten Reformplan ein, in dem der Schwerpunkt auf der Strafjustiz und der Revision der Todesstrafen lag.

Die chinesische Rechtsreform beinhaltet, obwohl sie von einer politischen Struktur ohne Gewaltenteilung belastet war, viele unterschiedliche Komponenten, die voraussichtlich auch unterschiedlich erfolgreich sein werden. Obwohl zu erwarten ist, dass fast alle Bereiche der Rechtsreform auf Schwierigkeiten verschiedenster Art treffen, sind einige Reformmaßnahmen einfacher umzusetzen als andere. Wir können mindestens drei Arten von Maßnahmen differenzieren. Die erste Kategorie sind ‚materielle‘ Variablen, die sich auf den physischen Zustand beziehen. Die materiellen Variablen sind wahrscheinlich am einfachsten umzusetzen, falls technisch möglich, da es unwahrscheinlich ist, dass sie angegriffen und Widerstand hervorrufen werden. Sie werden unmittelbar verbessert, solange die Regierung dazu imstande und bereit ist. Die zweite Kategorie

sind die ‚persönlichen‘ Variablen, die sich auf die rein persönliche Qualität der Richterschaft beziehen. Es ist wahrscheinlich, dass sich dieser Gesichtspunkt der Reform auf den gesetzwidrigen gesellschaftlichen Konsens auswirken wird, jedoch ist die Verbesserung dieser Variablen schwierig aufgrund ihrer Natur. Die dritte und wichtigste Kategorie sind die ‚institutionellen‘ und ‚kulturellen‘ Variablen. Unseres Erachtens stellen sie die bedeutendste Gruppe der Variablen dar, die in diesem Plan vorhanden sind. Sie sind auch am schwierigsten zu verändern, weil einige dominierende politische Kräfte, die Änderungen im aktuellen institutionellen Aufbau als feindlichen Angriff auf ihre Interessen sehen, den Verbesserungen voraussichtlich entgegenwirken werden.

4. *Inhärente Begrenzungen der Rechtsreform: Parteipolitik gegen Rechtsstaatlichkeit*

Die direkteste und fundamentalste Begrenzung der chinesischen Rechtsform ist immer noch das politische System des Landes.³² Politische Kontrolle der Justiz war ein durchgehendes Kennzeichen der Geschichte der Regierungspartei; die Arbeitsweise der Ermächtigung des Parteikomitees und -sekretariats, Gerichtsbeschlüsse zu genehmigen, und des Politischen und Rechtlichen Komitees, Dispute zu beenden, existierte schon in der Yan’an-Periode.³³ Die jetzige Verfassung erkennt formell in ihrem Vorwort die dominante Rolle der Partei an; da die Partei an keiner anderen Stelle der Verfassung erwähnt wird, bleibt die Begrenzung ihrer Macht unbestimmt. Andererseits setzt die Verfassung von 1982 ausdrücklich fest: „Die Volksgerichte üben in Übereinstimmung mit den Gesetzesbestimmungen unabhängige judikative Macht aus und werden von administrativen Agenturen, sozialen Organisationen und Privatpersonen nicht beein-

³¹ *Xinhua Daily* (25. Oktober 1999, B1).

³² Andrew Nathan, *China's Transition* (New York: Columbia University Press, 1997), 239. Über die kulturellen, ideologischen und politischen Bedingungen, die die chinesische Rechtsreform begrenzen, s. Gu Peidong, 'Macro Reflections on the Chinese Judicial Reform' ('Zhongguo Sifa Gaige de Hongguan Sikao'), *Studies in Law (Faxue Yanjiu)*, 2000 (3), 3-16.

³³ Xu Xianming, 'Twenty Questions about the Judicial Reform' ('Sifa Gaige Ershi Ti'), *Jurisprudence (Faxue)*, 1999 (9).

trächtig".³⁴ Um einen Widerspruch zu vermeiden, scheint es, dass die Unabhängigkeit der Gerichte innerhalb des Status quo der politischen Macht der Partei ausgelegt werden muss; d.h., die Gerichte sind nur insofern „unabhängig“, solange sie Fälle ohne negative Auswirkung auf die Partei behandeln, und sie sind den Anweisungen der Partei verpflichtet, sobald die Interessen der Partei impliziert sind. Das Letztere trifft jedes Mal zu, wenn der Fall eine „politische Frage“ behandelt, wie in den neuesten Urteilen der Berufung des ehemaligen Bürgermeisters von Peking Chen Xitong und des ehemaligen Parteisekretärs von Shanghai, Chen Liangyu, die wegen Veruntreuung zu jeweils 16 und 18 Jahren Haft verurteilt wurden. Auch wenn der Oberste Volksgerichtshof eine rechtliche Beweisführung vorbrachte,³⁵ kann man davon ausgehen, dass die Urteile der nachgestellten Gerichte nur einer Bestätigung dienen sollten, denn sie waren politisch schon entschieden worden. Dasselbe kann man über den Fall gegen den ehemaligen Vizepräsidenten des Ständigen Ausschusses des Nationalen Volkskongresses sagen, Cheng Kejie, der wegen vermeintlicher Veruntreuung zu Tode verurteilt wurde.³⁶ Bei solchen politischen Urteilen hat das chinesische Gericht keine andere Alternative, als formell die schon getroffenen Entscheidungen der Partei zu bestätigen. In der Tat fordert der Plan an sich, dass die Rechtsreform dem Grundsatz der Führerschaft der Partei zu folgen hat, zusammen mit den Prinzipien der „Diktatur des Proletariats“ wie die Staatsform und die politischen Institutionen, vertreten durch den Nationalen Volkskongress (Par. 4). Der offizielle „Ausgangspunkt“ sind immer die „besonderen Umstände des chinesischen Staates“ (*Guoqing*), obwohl „nützliche Erfahrungen“ ausländischer Gerichte und richterlicher Handhabung im westlichen Modell der Gewaltentrennung entliehen werden können. Auf einer hochrangigen Konferenz über den Verlauf der Rechtsre-

form wies der Präsident des Nationalen Volkskongresses ausdrücklich die Möglichkeit ab, eine Form der Unabhängigkeit der Gerichte nach dem westlichen Modell der Gewaltenteilung zu betreiben, und bekräftigte die Notwendigkeit einer Führerschaft der Partei und der „parteilichen Kontrolle der (richterlichen) Kader“ (*Dangguan Ganbu*).³⁷

Die Regierungspartei kann einen Gerichtsbeschluss auf verschiedene Weisen beeinträchtigen.³⁸ Die erste und offensichtlichste ist, dass der Präsident und Vizepräsident eines jeden Gerichts normalerweise Parteimitglieder sind, die der Disziplin der Partei unterliegen. Da der Präsident für das ganze Gericht verantwortlich ist, kann die Partei wirksame Kontrolle durch das präsidiale System der Verantwortung ausüben.³⁹ Ferner ist es immer noch üblich, dass der Parteisekretär des Politischen und Rechtlichen Komitees, oft derselbe wie der Vorsitzende des Büros für Öffentliche Sicherheit, den Gerichtspräsidenten mit den Prinzipien der Partei diszipliniert. Schließlich ist die Partei im Grunde verantwortlich dafür, die Aktivitäten aller großen politischen und rechtlichen Reformen einzuführen und zu forcieren. Die neueste Änderung der „Rechtsstaatlichkeit“ zum Beispiel kam zuerst als Vorschlag in der Charta der Partei während des 15. Parteikongresses auf, bevor sie wortgetreu in die Verfassung kopiert wurde. Auch kann die Rechtsreform nicht ohne die Genehmigung der großen Parteiführer durchgeführt werden. Somit hängen sowohl die Mobilität als auch die Trägheit des chinesischen Rechtssystems entscheidend von der Partei ab. Dies wirft ernsthafte Fragen über die Möglichkeit auf, wahre unabhängige Gerichte zu schaffen, in denen individuelle Richter letztendlich nicht der Partei gegenüber, sondern dem Gesetz gegenüber verantwortlich sind. Schließlich sind die administrative Führerschaft und die Gerichtskomitees immer noch integrierte Teile der Gerichtsstruktur, durch die die Partei in richterliche Urteile

³⁴ The Constitution of the People's Republic of China, Art. 126.

³⁵ *The SPC Gazette*, 2000 (3), Part X.

³⁶ *The SPC Gazette*, 2000 (5), 161-162. Wie von einigen Rechtswissenschaftlern hervorgehoben wurde, ist das Urteil Chengs problematisch, denn die Verurteilung basierte größtenteils nur auf dem mündlichen Geständnissen von Li Peng, der ehemaligen *Verlobten*, und von einem anderen Strafverdächtigen im selben Fall.

³⁷ „Xiao Yang schlug auf einer Nationalen Konferenz der Präsidenten der Obersten Gerichtshöfe vor, die Reform der Volksgerichte zu forcieren“, *Legal Daily*, (6. August 1999, 1).

³⁸ S. Andrew Nathan, *China's Transition*, 240-242.

³⁹ He Rikai, 'The Judicial Reform: From Power to Authority' ('Sifa gaige: Cong Quanli Zouxiang Quanwei'), *Law Science (Falü Kexue)*, 1999 (4), 30-38.

eingreifen und diese überwachen kann, wann immer die Fälle für „wichtig“, „kompliziert“ und „schwierig“ erachtet werden.

Zu Recht kann angenommen werden, dass ein Bedürfnis nach sozialer Justiz in der chinesischen Rechtsgemeinschaft und bei einigen politischen Machthabern immer noch existiert.⁴⁰ Da die Rechtsreform von der Partei selber aufgegriffen wurde, liegt es in der Natur der Dinge, dass sie von parteieigenen Normen begrenzt wird. Das Ziel der Rechtsreform ist angeblich die Unabhängigkeit der Gerichte, damit sie fair und rechtswirksam über Fälle entscheiden können. Aber solange ein richterliches Urteil den Nerv der Partei trifft, wird die politische Macht die Wirksamkeit des Gerichtsurteils anfechten. In der ganzen chinesischen Geschichte ist der Gewinner in dieser Auseinandersetzung, wenn es eine solche überhaupt gibt, immer die politische Gewalt. Somit ist es vielleicht sinnlos zu erwarten, dass die jetzige Rechtsreform, so motiviert sie auch ist, die chinesische Justiz nach westlichem Standard wirklich unabhängig macht. Auch wenn die laufende Rechtsreform anderweitig erfolgreich sein sollte, wird sie immer begrenzt sein durch die letzte politische Instanz: eine Partei, die im Grunde über dem Gesetz steht.

V. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Welches sind die Schlussfolgerungen, die aus den Ausführungen unter A. bis D. für die Frage gezogen werden können, ob in der Arbeit nationaler und internationaler Einrichtungen der Entwicklungskooperation Rechtsstaatsprogrammen der Vorzug vor der Förderung demokratischer Reformen gegeben werden sollte?

Auf theoretischer Ebene sind Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zwei korrelierende, aber separate Konzepte. Sie sind unterschiedlich aus dem ganz einfachen Grund, dass sie in verschiedenen Bereichen tätig

sind: Während Demokratie für eine bestimmte Form von politischen Institutionen steht und ein ihr zugehöriger Verfahrensmechanismus darüber entscheidet, wem was zusteht, hängt die Rechtsstaatlichkeit entscheidend von den Gerichten ab, die normalerweise ein politisch neutrales Organ sein sollten. Deshalb müssen die zwei Konzepte nicht in einen Konflikt miteinander geraten; es gibt vier verschiedene Kombinationen, wie in Tabelle 1 dargestellt, und sie scheinen sowohl logische als auch praktische Möglichkeiten zu sein.

Tabelle 1: Grobe Kategorisierung der Staaten nach der bisher erreichten Umsetzung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit

Demokratie/ Rechtsstaatlichkeit	ja	nein
ja	Westliche Staaten	Taiwan?
nein	Singapur, Hongkong? Japan?	China, etc.

Auf empirischer Ebene stehen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in einem engen Zusammenhang insofern, als sie sich untereinander als notwendige Bedingungen voraussetzen. Damit soll nicht die ungewöhnliche Möglichkeit, dass Rechtsstaatlichkeit ohne Demokratie oder umgekehrt existiert, geleugnet werden; einige solcher Möglichkeiten gibt es auch heute noch. Zum Beispiel wurde oft behauptet, dass Hongkong Rechtsstaatlichkeit besitzt ohne Demokratie. Taiwan hat Demokratie (seit 1987 oder 1996, dies ist abhängig von den Kriterien der Demokratiemaßstäbe) ohne Rechtsstaatlichkeit.⁴¹ Doch sollen die Regeln nicht mit den Ausnahmen durcheinandergebracht werden. Nicht nur sind Hongkong und Singapur zwei kleine Städte, ihre

⁴⁰ Hinsichtlich möglicher Motivationen, die es für den Nationalen Volkskongress und sogar für die Regierungspartei selbst sinnvoll erscheinen lassen könnten, die Rechtsstaatlichkeit zu forcieren, s. Andrew Nathan, *China's Transition*, 245; Randall Peerenboom, 'Globalization, Path Dependency and the Limits of Law: Administrative Law Reform and Rule of Law in the People's Republic of China', 193-195.

⁴¹ Natürlich muss auch herausgestellt werden, dass solch eine Behauptung bedauerlicherweise nicht präzise genug ist, da berechtigterweise Folgendes argumentiert werden kann: Taiwans Mehrparteiensystem hat zu einer substanziellen Unterstützung der Unabhängigkeit der Gerichte geführt, was aus der Menge der Fälle gegen die „Erste Familie“ des Präsidenten Chen Shuiban deutlich wird; Hongkong hat zumindest seit der Machtübernahme eine gewissen Grad von Demokratie, und dasselbe kann auch über Japan gesagt werden, das in der selben Kategorie aufgelistet ist, da es trotz seiner Einparteiendominanz u.a. eine bedeutende politische Opposition hat (die sich z.B. der Ausdrucksfreiheit bedient).

jeweiligen Erfolge in der Rechtsstaatlichkeit setzen außerdem bestimmte historische und soziale Bedingungen voraus, die das Hauptland China entbehrt. Die obige Analyse zeigt ziemlich deutlich, dass obwohl die Rechtsstaatlichkeit ein kleiner beständiger Pfad im zeitgenössischen China ist, die Wurzel des Scheiterns einer echten Rechtsreform endgültig in der politischen Struktur der Einparteiendominanz liegt.

In einem Beitrag zur Debatte über die Priorität der Reform Chinas argumentierte Professor Pan Wei, dass die Rechtsstaatlichkeit vor der Demokratie kommen soll.⁴² Zusätzlich zu einer Sechs-Pfeiler-Struktur als der institutionellen Bedingung für eine „beratende Rechtsstaatlichkeit“,⁴³ legt er außerdem fünf Schritte in Richtung dieses Zieles dar, wie etwa die Trennung von Partei und Staat, die Bildung institutioneller Checks and Balances und die Festsetzung der Ausdrucksfreiheit als grundlegendes Prinzip der Regierung. Vorschläge dieser Art mögen gut durchdacht erscheinen, aber sie können nicht die Frage beantworten, warum die Regierungspartei an solch einem Vorschlag interessiert sein sollte. Eine Antwort auf diese Frage ist von so eminenter Bedeutung, da der einzelne „Pfeiler“ keine so problematische Voraussetzung für das Thema der Rechtsstaatlichkeit an sich ist. Kaum verwunderlich, dass der Erfolg solcher Vorschläge auf „heroischen Führern“ basiert,⁴⁴ und Chinas lange Geschichte hat reichlich gezeigt, wie unzuverlässig sie sein können.

Zusammengefasst: Chinas begrenzte Erfahrung mit der Rechtsreform hat gezeigt, dass Rechtsstaatlichkeit, die unvereinbar mit der Gewaltenteilung ist, nicht in einem politischen Einparteiensystem erreicht werden kann. Hier ist die klassische Weisheit Montesquieus durchaus relevant, dass jedes Regime, das Gewalten in einer Grup-

pe anhäuft, nicht nur die Freiheit zerstört, sondern auch Rechtsstaatlichkeit zerrüttet. Das bedeutet nicht, dass ein Rechtsstaatlichkeitsprogramm in solch einem Regime keine Fortschritte machen kann; die Erfahrung Chinas zeigt ebenso das Gegenteil. Aber das heißt, dass solch ein Programm grundsätzlich limitiert ist; es wird beendet, wann immer es als Zuwiderhandlung gegenüber die Interessen der Regierungspartei wahrgenommen wird. Um eine solche Kette zu zerreißen, ist es notwendig, die existierende Machtstruktur zu ändern, indem eine authentische Wahldemokratie in die politische Arena eingeführt wird. Um es klarzustellen: Demokratie ist nicht dasselbe wie Gewaltentrennung oder Rechtsstaatlichkeit, aber es ist die politische Voraussetzung für ein kompetitives Mehrparteiensystem, das seinerseits die institutionelle Basis für die Gewaltenteilung und die Rechtsstaatlichkeit bildet. Ohne Demokratie wird sich die politische Macht auf eine Regierungspartei ohne bedeutende Opposition konzentrieren, und wenn die Gewaltenteilung unwiderruflich beeinträchtigt ist, wird die Rechtsstaatlichkeit zu einer Farce.

⁴² Pan Wei, *Toward a Consultative Rule of Law Regime in China*, in: Suisheng Zhao (Hrsg.), *Debating Political Reform in China: Rule of Law vs. Democratization*, Armonk, NY: M.E. Sharpe (2006), 3-40.

⁴³ Sie beinhalten einen neutralen öffentlichen Dienst, ein autonomes Justizsystem, umfassende soziale Beratungsinstitutionen, ein unabhängiges Anti-Korruptionssystem, ein unabhängiges Rechnungsprüfungssystem und Ausdrucksfreiheit (einschließlich Rede-, Presse-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit), s. ebd., 32-36.

⁴⁴ ebd., 37.

KENIA

Mutuma Ruteere¹ und Mikewa Ogada²

EINFÜHRUNG

Kenia erlangte seine Unabhängigkeit nach britischer Kolonialherrschaft im Jahre 1963 und erbt eine geschriebene Verfassung mit einem Bill of Rights, ein Mehrparteiensystem und ein parlamentarisches System nach Westminster-Art sowie eine exekutive Präsidentschaft. Jedoch unterminierten folgende Verfassungsänderungen substantiell das unabhängige politische und rechtliche System mit aufeinander folgenden Regierungen, die das Gesetz zum größten Teil im Dienste einer wachsenden mächtigen Exekutive einsetzten. Über die Jahre wurde das Gesetz zum Instrument der politischen Kontrolle, zum Schauplatz für politische Kontroversen und gelegentlich zum Meißel der Auflösung des verbotenen Konstrukts der imperialistischen Präsidentschaft, das Ende 1980 einen kalten Schatten auf die übrig gebliebenen Verfassungsrechte und Freiheiten warf.

Dieses Kapitel untersucht die Dynamik der Förderung der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit in Kenia. Untersucht wird das

gegenseitige Verhältnis dieser Konzepte unter ihren rechtlichen wie praktischen Gesichtspunkten. Im ersten Teil des Kapitels wird ein Überblick über Kenias Verfassungsgeschichte gegeben und erwogen, in welchem Maße Fragen der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu Vorsätzen geführt haben. Im zweiten Teil werden die Verfassung Kenias und die Eingliederung dieser Konzepte in ihr untersucht, während im dritten Teil die Verfassungsrechtsprechung behandelt wird. Inwieweit diese Konzepte aktuell umgesetzt werden, wird in den Teilen IV und V analysiert, wo auch Schlüsse aus dieser Analyse gezogen werden. Im Schlusskapitel werden außerdem noch einige Vorschläge gemacht, die eventuell relevant für diejenigen sind, die an Programmen der Rechtsstaatlichkeit und Demokratieförderung interessiert sind.

A VERFASSUNGSGESCHICHTE

I. Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in Ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

II. Welches war das Demokratieverständnis, von dem sich die Autoren der Verfassung leiten ließen? Wie wurde insbesondere die Volkssouveränität als Grundlage der Demokratie aufgefasst? Wurde sie als ursprüngliche und uneingeschränkte Gewalt des Volkes angesehen oder als eine Gewalt, die im Hinblick auf die verschiedenen Formen ihrer Ausübung (Verfassungsreferenden, Volkabstimmungen, Wahlen) einer Regulierung bzw. Verrechtlichung zugänglich war?

III. Gab es im Zeitpunkt der Entstehung der Verfassung eine Debatte über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit? Falls ja, wurden diese Prinzi-

¹ Mutuma Ruteere ist Generaldirektor der Adili Consulting Group und ehemaliger Dekan des Instituts für Menschenrechte in Kenia. Er hat seine Dissertation in Politikwissenschaften an der Universität Nebraska-Lincoln, USA, mit einem Schwerpunkt auf den Menschenrechten geschrieben. Er veröffentlichte Artikel in Fachzeitschriften und Bücher auf dem Gebiet der Menschenrechte. mruteere@adiliconsult.com

² Mikewa Ogada ist Direktor der Adili Consulting Group und ehemaliger Vorsitzender des Forschungsprogramms der Menschenrechtskommission in Kenia. Er studierte Politikwissenschaften an der Universität North Carolina-Charlotte, USA (B.A., 1995-1999) und der University of the Witwatersrand, South Africa (M.A., 2004-2005). mogada@adiliconsult.com

pien vorwiegend als komplementär oder eher als antagonistisch angesehen? Werden beide Prinzipien als gleichrangig betrachtet, oder ging man im Gegenteil davon aus, dass eine Hierarchie zwischen ihnen besteht?

Die Umstände, die zur Unabhängigkeit Kenias geführt haben

Am 15. Juni 1895 erklärte die britische Regierung das Territorium des heutigen Kenias, damals von der Britischen Ostafrikagesellschaft (Imperial British East Africa Company – IBEAC) verwaltet, zum Protektorat. Ein Jahr später wurde das Gebiet umbenannt in Britisches Ostafrikaprotektorat. Als britische Kolonie wurde Kenia 70 Jahre lang von einem autoritären Staat regiert, der in erster Linie die ökonomischen Interessen der Minderheit der europäischen Siedlergemeinschaft schützen sollte. In den ersten fünf Jahrzehnten des britischen Kolonialismus wurde den Afrikanern, der mehrheitlichen Bevölkerung Kenias, die direkte Vertretung in den Regierungsstrukturen des kolonialistischen Staats verweigert. Ihre politische Aktivität war beschränkt auf den häuslichen Bereich, um zu vermeiden, dass sie sich zu einer breiten nationalistischen Unabhängigkeitsbewegung zusammenschlossen. Einschneidende Beschränkungen gab es auch in ihren persönlichen Rechten und Freiheiten. Überdies war das kolonialistische Kenia eine rassistisch aufgebaute Gesellschaft, in der politische und wirtschaftliche Macht unproportional zwischen Europäern, Asiaten und Afrikanern, in dieser Reihenfolge, aufgeteilt wurde.

Landlosigkeit, drückende Armut, Staatsrepression und wachsende Enttäuschung über die kolonialistische Ordnung innerhalb der ausgeschlossenen afrikanischen Mehrheit führten Anfang des Jahres 1952 zu einer brutalen, langwierigen, bewaffneten Rebellion – dem Mau-Mau-Unabhängigkeitskrieg. Als Antwort auf den Guerillakrieg, der die stillschweigende Unterstützung vieler afrikanischer politischer Parteien und Gewerkschaften genoss, rief die Kolonialregierung am 20. Oktober 1952 den Ausnahmezustand aus, mit dem sie im Jahre 1957, mithilfe der britischen Armee, die Revolte erfolgreich beenden konnte. Jedoch gab es nach der Aufhebung des

Ausnahmezustandes im Jahre 1960 einige innere sowie äußere Kräfte, die die Briten dazu bewegen wollten, Kenia in die Unabhängigkeit zu entlassen.

Erstens war die Unterdrückung der Mau-Mau-Revolution für die britische Regierung sehr kostspielig gewesen. Zweitens brachten Berichte der entsetzlichen Gräueltaten, verübt von den kolonialen und britischen Mächten innerhalb des breit angelegten Systems der Gefangenenlager, in denen Mau-Mau-Kämpfer und andere Afrikaner während des Ausnahmezustandes gefangen gehalten wurden, die britische Regierung bezeichnenderweise in Verlegenheit – sowohl bei ihren eigenen Bürgern und der internationalen Gemeinschaft. Drittens fand die koloniale Regierung es äußerst schwierig, den wachsenden, gut organisierten politischen Widerstand gegen ihre Herrschaft während der zweiten Hälfte der 1950er Jahre einzudämmen. Hinzu kam, dass Großbritannien seine Stellung als führende Weltmacht einzubüßen begann und Verpflichtungen im eigenen Land hatte, die Wirtschaft wieder in Gang zu setzen und den Wiederaufbau zu gewährleisten. Dies führte dazu, dass sein Kolonialministerium erhebliche finanzielle Einschränkungen zu verkraften hatte, was letztendlich zu einer Unabhängigkeit der meisten seiner Kolonien, Kenia eingeschlossen, führte. Infolge dieser Politik organisierte Großbritannien die Verfassungskonferenzen Kenias (Lancaster House Conferences) in 1960, 1962 und 1963 und bereitete damit den Weg zur Unabhängigkeit vor, die am 12. Dezember 1963 deklariert wurde.

Unabhängigkeit und die Debatten über Demokratie und ihre Institutionen

Kenias Unabhängigkeitsverfassung war das Produkt langwieriger Verhandlungen zwischen dem britischen Kolonialministerium und den kenianischen politischen Führern nach dem Mau-Mau-Unabhängigkeitskrieg. Die Lancaster-House-Verfassungskonferenzen dienten als Schauplatz der Kontroversen über die Art von Regierung und Demokratie, die von verschiedenen politischen Akteuren in einem unabhängigen Kenia bevorzugt würden. Zunächst wurde die Entwicklung der Verfassung in Kenia von Rassenkonflikten überschattet, bis 1960, als die Unabhängigkeit Kenias immer

wahrscheinlicher wurde.³ Je näher die Aussicht auf Unabhängigkeit heranrückte, desto klarer wurde, dass eine Kategorisierung nach Rassenzugehörigkeit als politisches Kriterium ausschied, und die Auseinandersetzung über die Beschaffenheit der erhofften Verfassung und der Demokratie konzentrierte sich zunehmend auf die konkurrierenden Interessen und Anliegen von Kenias großen ethnischen Gemeinschaften und ihrer kleineren Pendanten.

Auf der einen Seite der politischen Teilung stand Kenya African National Union (KANU), geführt von Jomo Kenyatta und unterstützt von den größeren ethnischen Gemeinschaften, wie Kikuyu, Luo, Akamba und Kisii. KANU wurde unterstützt von der Kenya European Coalition Party (KECP), die prominente Mitglieder der europäischen Siedlergemeinschaft, prominente Mitglieder der asiatischen Gemeinschaft Kenias und die militante Mau-Mau-Bewegung, die von den Besprechungen ausgeschlossen war, umfasste. Auf der anderen Seite der politischen Teilung stand die Kenian African Democratic Union (KADU), geführt von Ronald Ngala und unterstützt von den kleineren ethnischen Gemeinschaften, einschließlich der Kalenjin-Untergruppen, Massai und der Gemeinschaften aus der Küstengegend. KADU konnte auf die Unterstützung der New Kenya Party (NKP) und der Kenya Coalition Party (KCP) zählen, die beide Mitglieder der europäischen Siedlergemeinschaften in ihren Reihen hatten. Weil sie sich Sorgen um die Zukunft der Minderheit der europäischen Siedlergemeinschaft in einem unabhängigen Kenia machte, sympathisierte die britische Regierung besonders mit KADU. KADU standen außerdem weniger prominente Mitglieder der asiatischen Gemeinschaft, Somali-Sezessionisten aus Nordkenia und Araber aus dem Küstengebiet zur Seite.

Es wurde erörtert, dass Kenias ethnische Gruppen und Rassengruppen sich selbst in einer Situation von extremer Polarisierung in den Jahren, die zur Unabhängigkeit führten, befanden.⁴ In der Verfassungs-

konferenz Kenias im Jahre 1962 setzten sich KANU und ihre Förderer für eine parlamentarische Demokratie innerhalb des Rahmens eines Einheitsstaates ein. Sie argumentierten, dass ein Einheitsstaat und sein bestimmendes Merkmal, eine starke Zentralregierung, allen ethnischen Gruppen und Rassengruppen garantieren könnte, in eine kenianische Nation integriert zu werden. Darüber hinaus schlug KANU ein örtliches Regierungssystem vor, um KADU die Angst vor einer unzulänglichen Vertretung der kleineren ethnischen Gemeinschaften im neuen Staat zu nehmen. KADU und ihre Sympathisanten behaupteten ihrerseits, dass die Einrichtung eines dezentralisierten Staatssystems, aufgegliedert in semiautonome regionale Regierungen und Legislativen, der sicherste Weg wäre, um die Teilnahme ethnischer und rassischer Minderheiten am neuen Staat zu gewährleisten. Nur ein flächendeckendes System des Regionalismus oder *majimbo*⁵ würde die Minderheiten vor der geplanten politischen Hegemonie KANUs und der größeren ethnischen Gemeinschaften in einem Einheitsstaatssystem schützen.

KADUs Vision eines dezentralisierten Staatssystems sah sechs semiautonome Regionen vor, die ihre exekutiven und legislativen Funktionen unter der Aufsicht einer zentralen oder föderalen Regierung, mit Sitz in Nairobi, ausüben sollten. Es sollte eine Zweikammerlegislative mit einem Unterhaus von Vertretern geben, die in spezifizierten Wahlbezirken von den Wählern gewählt würden, während das Oberhaus oder der Senat von allen regionalen Versammlungen als Wahlausschuss gewählt werden würde. Beide Häuser wären in ihren legislativen Funktionen fast gleichberechtigt, während jede der sechs Regionen mit jeweils fünf Mitgliedern im Senat vertreten wäre. KANU entgegnete den Vorschlägen von KADU, dass das System der Regionalisierung zu schwerfällig und aufwändig wäre und dass es möglicherweise wirtschaftliches Wachstum und die Entwicklung im Sinne der Bildung einer nationalen Identität bremsen würde.⁶

KADU machte in der Verfassungskonferenz von 1962 resolut ihre Entschlossenheit

³ Y.P. Ghai und J.P.W.B. McAuslan, *Public Law and Political Change in Kenya: A Study of the Legal Framework of Government from Colonial Times to the Present* (Nairobi, Oxford University Press, 1970), 181

⁴ ebd., 183

⁵ Die Kiswahili-Terminologie für den Föderalismus Kenias.

⁶ ebd., 210

deutlich, in dieser Auseinandersetzung zu siegen, und KANU machte einen Rückzieher in seiner Befürwortung eines Einheitsstaatsystems, da von Seiten der kleineren ethnischen Gemeinschaften des Landes damit gedroht wurde, dass ein Bürgerkrieg unvermeidlich sei im Falle, dass die *majimbo*-Verfassung nicht angenommen würde. Während KADU bei den Verfassungsbesprechungen als Sieger hervortrat, erzielte KANU einen überraschenden Sieg sowohl in den nationalen als auch regionalen präunabhängigen Wahlen im Mai 1963, die der Einführung der *majimbo*-Verfassung vorausgegangen waren. Schon bald nach der Unabhängigkeit, am 12. Dezember 1963, ging KANU, nun die regierende Partei, schnell dazu über, das *majimbo*-System aufzulösen. In Kürze konnte die regionale Regierung nicht effektiv funktionieren, denn die von KANU kontrollierte Zentralregierung verabschiedete ein nationales Gesetz, das die Regionalregierung schwächte, indem die Abzugssteuern der Steuereinnahmen der Staatskasse einbehalten wurden. Im November 1964 führte diese Strategie zur Auflösung von KADU, die dann mit KANU verschmolz. Dieses besondere Ereignis markierte das Ende des kurzen Experiments Kenias mit dem Föderalismus und führte zur Einrichtung eines Einheits-, *de facto* Einparteienstaats, der beherrscht wurde von einer allmächtigen Präsidentschaft, kontrolliert von Jomo Kenyatta. Die Abschaffung des Senats folgte kurze Zeit später.

Der Unabhängigkeitskampf in Kenia wurde hauptsächlich von den wachsenden Forderungen von Seiten der Afrikaner angetrieben, demokratisches Bürgerrecht zu erhalten.⁷ Dieses Recht wurde zum ersten Mal während der Wahlen im Mai 1963 umgesetzt, als das verschmähte kommunale Bürgerrechtssystem abgeschafft und durch ein allgemeines Erwachsenenwahlrecht ersetzt wurde. Die *majimbo*-Verfassung garantierte nun regelmäßige, reguläre und demokratische Wahlen, die auf der Gleichberechtigung des Staatsangehörigkeitsprinzips basierten. Die Wähler mussten lediglich nachweisen, dass sie das 21. Lebensjahr erreicht hatten.⁸ Einschränkungen in der Teilnahme an den Wahlen gab es

nur für unzurechnungsfähige Personen, nicht entlasteten Konkurschuldner und zum Tode verurteilte sowie inhaftierte Personen. Kenianer, die im Ausland lebten, konnten nicht an den Wahlen teilnehmen. Darüber hinaus waren Verfassungsreferenden oder Volksabstimmungen zur Zeit der Unabhängigkeit nicht vorgesehen und somit gab es in dieser Hinsicht keine speziellen Bestimmungen.

Das Konzept der Rechtsstaatlichkeit und Verhandlungen über die Unabhängigkeitsverfassung

Es gibt kein Anzeichen dafür, dass eine Diskussion über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu der Zeit stattfand, als die Unabhängigkeitsverfassung erstellt wurde. In einer Rahmenvereinbarung, auf der Idee einer Volkssouveränität und der Bill of Rights basierend, in der die Schlüsselparteien über die Unabhängigkeitsverfassung verhandelten, wurde vorgeschlagen, die Prinzipien der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als ergänzend zu betrachten. Jedoch setzten die afrikanischen Teilnehmer der Lancaster-House-Konferenzen die Schwerpunkte dahingehend, den Rassismus zu bekämpfen und die Afrikanisierung im zukünftigen Staat voranzutreiben, und schenken den spezifischen Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit, die dies hätten untermauern können, wenig Beachtung. In der Tat wurde behauptet, dass die Aufnahme der Bill of Rights in die Unabhängigkeitsverfassung von den britischen Beamten vorgeschlagen wurde. Yash Ghai schrieb:

„Es muss festgehalten werden, dass die Entscheidung, die Bill of Rights einzuschließen, von den Briten kam. Zu dieser Zeit war es normal ... für eine Kolonie, Bill of Rights in die Unabhängigkeit zu übernehmen, aber die Notwendigkeit, die Minderheiten Kenias, insbesondere die weißen Siedler, zu schützen, war ausschlaggebend für die Entscheidung. Es gibt kein Anzeichen für eine Begeisterung für die Bill of Rights von Seiten der afrikanischen Parteien (auch wenn es schwer gewesen wäre, sich dem zu widersetzen als Demonstration einer antikolonialen Haltung)“.⁹

⁷ ebd., 310

⁸ Eine Verfassungsänderung aus dem Jahre 1970 reduzierte das Wahlalter auf 18 Jahre.

⁹ Yash Ghai, "Kenyan Bill of Rights: Theory and Practice" in: Philip Alston (Hrsg.), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights: Comparative*

Mit der Unabhängigkeit war der Zugang zu den Rechten, garantiert von der Bill of Rights, so begrenzt sie waren, nicht mehr abhängig von der Rasse, sondern von einem System des Klientelismus, das zum Schlüsselwort in den folgenden Jahren wurde.¹⁰ Außerdem schien es für alle Parteien klar zu sein, dass die Eigentumsverhältnisse und die Landnutzung kritische Punkte bei der zukünftigen Stabilität Kenias sein würden. Dementsprechend wurden strenge Schutzmaßnahmen für das Eigentumsrecht, besonders für die Siedlergemeinschaft, die die privilegierten bebaubaren Gegenden mit Ackerland besaßen, in die Bill of Rights aufgenommen.¹¹

Insgesamt tendierten alle Parteien in den Verfassungsbesprechungen dazu, der Gewaltenteilung der drei Bereiche der Regierung zuzustimmen. KADU war ein besonders eifriger Fürsprecher für eine starke unabhängige Justiz, die, wie sie behauptete, die persönlichen Freiheiten und die fundamentalen Rechte der Bürger, die in einem ausgeprägten multikulturellen Kontext wie Kenia lebten, schützen würde. Nach der Auffassung von KADU sollte die Justiz ein Bereich der Zentralregierung sein, die verpflichtet wäre, die Menschenrechtsidee zu stärken.

B DIE RECHTSSTAATLICHKEIT UND DIE DEMOKRATIE IM RAHMENWERK DER VERFASSUNG

I. Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Wenn nicht, ist es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

II. In welchem Umfang und in welcher Weise sind die folgenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip), b) Vorbehalt des Gesetzes, c) Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte, d) Unabhängigkeit der Gerichte, e) Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien, insbesondere das Ver-

bot „ne bis in idem“ und das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“?

III. Ist das Demokratieprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Falls nein, ist die Demokratie als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

IV. In welchem Umfang und auf welche Weise sind die folgenden Bestandteile des Demokratieprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Volkssouveränität, b) Formen der repräsentativen und der partizipativen, d.h. direkten Demokratie, c) Verfassungsgarantien eines echten Mehrparteiensystems, d) das Recht in echten, wiederkehrenden Wahlen zu wählen und gewählt zu werden, nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl, e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Körperschaften (d.h. entweder durch die ordentlichen Gerichte oder durch spezielle, mit den Garantien der Autonomie und Unabhängigkeit ausgestattete Wahlgerichte)?

Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ist nicht explizit in der kenianischen Verfassung verankert. Das Dokument verfügt noch nicht einmal über eine Präambel, in der üblicherweise die umfassenden Prinzipien, mit denen eine Nation regiert wird, erklärt werden. In der Tat gibt es in der gesamten Verfassung keine einzige Erwähnung des Begriffs „Rechtsstaatlichkeit“. Jedoch sieht Artikel 1 des 3. Paragraphen vor: „Diese Verfassung ist die Verfassung der Republik Kenia und soll Gesetzesmacht in ganz Kenia haben und unterliegt der Sektion 47¹² und im Fall, dass ein anderes Gesetz unvereinbar mit dieser Verfassung ist, soll diese Verfassung gültig sein und das andere Gesetz im Maße der Unvereinbarkeit aufgehoben werden.“ Dies ist vielleicht der engste, wenn auch indirekte Hinweis auf das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, der in der Verfassung Kenias vorhanden ist.

Auch wenn es nicht explizit ausgedrückt wird, so besteht wohl kaum ein Zweifel, dass die Idee der Rechtsstaatlichkeit als ein ungeschriebenes Prinzip in der Verfassung deutlich auszumachen ist. Tatsache ist, dass die Verfassung Kenias die Institutionen der Rechtsstaatlichkeit, die Gewalt-

Perspectives (New York, Oxford University Press 1999), 194

¹⁰ Über den Anstieg der Politik des Klientelismus s. allgemein: Jennifer Widner *The Rise of a Party-State in Kenya: From "Harambee" to "Nyayo"* (Berkeley, University of California Press, 1993).

¹¹ Ghai, op.cit., 194

¹² Sektion 47 beinhaltet das Procedere für Veränderungen an der Verfassung Kenias.

tenteilung der drei Bereiche der Regierung eingeschlossen, eine ausführliche und detailliert ausgearbeitete Bill of Rights, eine unabhängige Justiz und unmissverständliche finanzielle Kontrollen der Regierung neben anderen Checks and Balances vorsieht. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit wird ebenfalls durch die Etablierung der unabhängigen gesetzlich verankerten und behördlichen Institutionen, einschließlich der Kommission für den Öffentlichen Dienst (Public Service Commission – PSC), der Kommission für das Gerichtswesen (Judicial Service Commission – JSC) sowie der Ämter des Staatsanwalts und des Kontrollors und Generalrevisors, gesichert.

Gesetzlich verankerte Berechtigung der Interventionen in persönliche Freiheiten und Bürgerrechte

Es muss herausgestellt werden, dass die Unabhängigkeit eine liberale Verfassung mit sich brachte, die zivile und bürgerliche Rechte im Sinne der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und fundamentalen Freiheiten gewährleistete. In Kapitel V, Paragraphen 70 bis 85 der aktuellen Verfassung Kenias werden persönliche Freiheiten, bürgerliche Rechte, Eigentumsrechte, das Recht auf Nichtdiskriminierung und den Rechtsschutz sowie das Recht auf Gerichtsverfahren gewährleistet.¹³ Diese Rechte und Freiheiten gelten für jede Person in Kenia unabhängig von ihrer ethnischen Zugehörigkeit und Rassenzugehörigkeit, ihres Herkunfts- oder Wohnortes, ihrer politischen Meinung, ihres Glaubens oder Geschlechts. Nach der Unabhängigkeitsverfassung können Änderungen in der Bill of Rights nur mit 90 Prozent der Senatsstimmen vorgenommen werden. Jedoch kann jeder andere Punkt der aktuellen Verfassung mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit des Parlaments geändert werden.

Die Verfassung schützt das Recht auf persönliche Freiheit und die Bürgerrechte, die dem Respekt vor den Rechten und Freiheiten anderer und vor den öffentlichen Interessen unterliegen. Ungeachtet dessen wurde argumentiert, dass die Bill of Rights zahlreiche Clawback-Klauseln enthielt, die „in der Substanz des Rechts resultieren,

geschlossen und sorgfältig qualifiziert, wobei es möglich ist, dass nur wenig von der Substanz übrig bleibt“.¹⁴ Die Einschränkungen, die die Bill of Rights enthielt, schienen weniger konzipiert worden zu sein, um Rechte und Freiheiten für alle zu sichern, sondern eher um die Staatsmacht auf Kosten des Individuums zu erweitern. Zum Beispiel kann das Recht auf Leben, im Paragraphen 71 geschützt, verweigert werden, dort wo Gesetzeshüter „Personen vor Gewalt verteidigen, Eigentum verteidigen, gesetzliche Festnahmen vornehmen, Fluchtversuche aus der gesetzlichen Inhaftierung vereiteln oder einen Krawall oder Aufstand unterdrücken oder rechtmäßige Kriegshandlung begehen.“

Ähnlich kann das Recht auf persönliche Freiheit, geschützt im Paragraphen 72, für einen längeren Zeitraum vor der Gerichtsverhandlung – bis zu 14 Tage bei Kapitalverstößen – verweigert werden.¹⁵

Garantien über den Schutz vor willkürlicher Durchsuchung und Beschlagnahmung sowie unerlaubtem Zutritt, die Paragraph 76 bestimmt, können aufgehoben werden, wenn „es die Interessen der Verteidigung, der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der öffentlichen Moral, öffentlichen Gesundheit, öffentlichen Planung und Entwicklung und für andere Zwecke der Förderung der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich ist.“ Disziplinalgesetze hinsichtlich des Verhaltens der Militär- und Sicherheitskräfte sind nicht Gegenstand der Bill of Rights, mit Ausnahme derjenigen, die sich auf das Leben, die Sklaverei und menschenunwürdige Behandlung beziehen.¹⁶

Einzelne Teile der wirksamen Gesetzgebung der Kolonialära etablierten den Einfluss dieser Clawback-Klauseln. Zum Beispiel war vor den einschränkenden legislativen Reformen im Jahre 1997 in der Bill of Rights in Paragraph 79 die Ausdrucksfreiheit verankert, aber das Strafgesetzbuch¹⁷ sah den Verstoß des Aufruhrs gegeben, auch wenn keine Anstiftung zur Gewalt vorlag. Die Versammlungsfreiheit ist in

¹³ Es ist denkwürdig, dass es in der Bill of Rights keine positiven Staatsverpflichtungen für die Bürger Kenias gibt.

¹⁴ Ghai und McAuslan, op.cit., 428

¹⁵ Zugegebenermaßen behalten die Gerichte mit der Aberkennung dieses Rechts die dominante Rolle.

¹⁶ Ghai und McAuslan, op.cit., 430

¹⁷ siehe Kap. 63 Laws of Kenya

Paragraph 80 geschützt, jedoch wird im Gesetz über Öffentliche Ordnung¹⁸ vorgeschrieben, dass die Bürger die Polizei drei Tage vor jeder geplanten öffentlichen Versammlung oder politischen Kundgebung informieren müssen. In der Tat müssen die Bürger die Erlaubnis der lokalen Polizei einholen, um öffentliche Versammlungen zu halten. Ebenfalls ist die Koalitionsfreiheit in Paragraph 80 geschützt, aber sowohl das Gesellschaftsrecht¹⁹ als auch das Gewerkschaftsrecht²⁰ kriminalisieren die Formierung von Vereinigungen ohne Bevollmächtigung des Registrar of Societies (Vereinregisters).

Ein besonders wichtiges Clawback-Gesetz ist das der Erhaltung des Gesetzes über die Öffentliche Sicherheit (PPSA)²¹, das im Paragraph 85 der Verfassung enthalten ist. Das Gesetz der Öffentlichen Sicherheit bevollmächtigt den Präsidenten, die Zustimmung des Parlaments einzufordern, um bestimmte Aspekte der Bill of Rights aufzuheben, indem er den Staatsnotstand über ein Gebiet des Landes oder das ganze Land ausruft. Ungeachtet dieses Hindernisses kann nach Paragraph 85(2) das präsidiale Vorrecht der Parlamentsauflösung jederzeit ausgeübt werden, um allein für eine unbestimmte Zeit die Macht auszuüben. Gemäß der Unabhängigkeitsverfassung kann ein Aspekt der Bill of Rights nur bei einer Wahlmehrheit von 65 Prozent beider Häuser der Legislative aufgehoben werden. Falls die Legislative sich vertagt oder Entscheidungen aufgeschoben werden müssen, müssen alle Rechts- und Freiheitseinschränkungen innerhalb von sieben Tagen aufgehoben werden. Darüber hinaus kann ein Staatsnotstand nicht mehr als zwei Monate andauern, er kann jedoch jederzeit von beiden Häusern für ähnlich lange Zeiträume verlängert werden.

Es scheint, als würden mehr oder weniger nur drei Bestimmungen der Bill of Rights absolut sein. Es existieren keine Clawback-Klauseln in Hinblick auf den Paragraphen 74, der den Schutz vor unmenschlicher und degradierender Behandlung vorsieht, und Paragraph 77, der das Recht auf Rechtsschutz und Gerichtsverhandlung

vorsieht. Paragraph 75, der das Eigentumsrecht bestimmt, ist besonders ausführlich und es gibt nur einige wenige Ausnahmen, die sich auf die Substanz dieses Rechts auswirken.²²

Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte

Personen, deren persönliche Freiheiten und bürgerlichen Rechte verletzt wurden oder die befürchten, dass diese verletzt werden, können sich an den Obersten Gerichtshof zwecks Entschädigung wenden. Kapitel IV, Paragraph 84 der Verfassung räumt dem Obersten Gerichtshof erste Rechtsprechung ein, um Angelegenheiten der persönlichen Freiheiten und bürgerlichen Rechte, wie sie in Kapitel V enthalten sind, zu regeln, die ihm direkt von einer betroffenen Person oder im Namen einer betroffenen Person zugetragen werden können. Insbesondere wird im Paragraphen 84 festgelegt: „Falls eine Person behauptet, dass gegen eines der fundamentalen garantierten Rechte verstoßen wurde, ein solcher Verstoß geplant ist oder es den Anschein hat, als würde gegen sie verstoßen auf ihre Kosten ... dann kann diese Person..., ohne andere Akte hinsichtlich derselben Angelegenheit, die rechtmäßig gültig ist, zu unternehmen, sich direkt an den Obersten Gerichtshof wenden, um eine Entschädigung einzuklagen.“ Laut Paragraph 67 kann ein nachgeordnetes Gericht dem Obersten Gerichtshof Fragen über persönliche Freiheiten und bürgerliche Rechte zur Verfassungsauslegung vorbringen.

Ferner wird der Oberste Gerichtshof durch den Paragraphen 84 ermächtigt, „... Bestimmungen zu verabschieden, einstweilige Verfügungen zu erlassen und Vorschriften zu erteilen, wie es dieser für adäquat hält für das Ziel der Vollstreckung und der Gewährleistung der Vollstreckung“ eines persönlichen oder bürgerlichen Rechts. Folglich kann der Oberste Gerichtshof bestimmte Rechtsmittel erlassen, die Schadenersätze, Befehle, Verfügungen und Erklärungen umfassen. Jedoch ist es unklar, ob der Oberste Gerichtshof über diese „konventionellen Rechtsmittel und ihre

¹⁸ siehe Kap. 56 Laws of Kenya

¹⁹ siehe Kap. 108 Laws of Kenya

²⁰ siehe Kap. 233 Laws of Kenya

²¹ siehe Kap. 57 Laws of Kenya

²² Ghai und McAuslan, op.cit., 421

Einschränkungen²³ hinausgehen kann. Kläger, die Entschädigung für die Verletzung ihrer persönlichen Freiheiten und bürgerlichen Rechte vor dem Gericht einfordern, sehen sich vor zwei hauptsächliche Herausforderungen gestellt.²⁴ Erstens obliegt ihnen die Last der Beweisführung, dass die erlittenen Beeinträchtigungen in einer demokratischen Gesellschaft un gerechtfertigt begangen wurden. Second, where rights are restricted on public safety and security grounds, the facts needed to prove a complainant's case may not be disclosed to him or her by the government. Wenn Rechte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit eingeschränkt sind, kann es vorkommen, dass die die Klage begründenden Umstände dem Kläger nicht offenbart werden.

Regelungen des Hohen Gerichts hinsichtlich der Verfassungsauslegung auf Fragen der persönlichen Freiheiten und bürgerlichen Rechte sind unwiderlegbar und unanfechtbar. Jedoch wird in Paragraph 84(7) festgelegt, dass „eine Person, die durch eine Bestimmung des Obersten Gerichtshofs geschädigt wurde, sich mit ihrem Rechtsanliegen unter Berufung auf diesen Paragraphen 84 an das Berufungsgericht wenden kann“ zwecks Entschädigung. Während der Zugang zu Gericht in allen Fällen vermeintlicher Verstöße gegen die persönlichen Rechte und bürgerlichen Freiheiten in der Theorie existiert, ist seine praktische Umsetzung im rechtlichen Kontext Kenias eine viel komplexere Angelegenheit.

2006 setzte der Oberste Richter ein groß angelegtes Regelwerk zur Stärkung der Bill of Rights in Kraft.²⁵ Dieses Regelwerk mit 36 hochqualifizierten Regeln gilt für alle Antragsteller, die eine Entschädigung des Obersten Gerichtshofs hinsichtlich der Verstöße gegen ihre persönlichen Freiheiten und bürgerlichen Rechte ersuchen und außerdem im Hinblick auf Rechtsfragen, die von nachgeordneten Gerichten vorgebracht werden. Oberflächlich betrachtet scheinen diese Regeln ordnungsgemäße, umfassenden

de Prozeduren für den Zugang zur Justiz bei vermeintlich verletzten Rechten vorzusehen.

Bei genauerem Hinsehen entdeckt man, dass sie einen übermäßigen bürokratischen Prozess beschreiben, in den bis zu sieben Antragsformulare einbezogen sind. Zum Beispiel muss der Antragsteller erst einen Verfahrens Antrag stellen, bevor die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofs nach Paragraph 65 der Verfassung für seinen Fall in Anspruch genommen werden kann. Die Geltendmachung der Gerichtsbarkeit des Obersten Gerichtshofs kann dann durch das Ausfüllen einer Bittschrift, begleitet von einer eidesstattlichen Erklärung, erfolgen. Darüber hinaus erfordern die Regeln und Anträge anspruchsvolle auch allgemeine sowie juristische Kenntnisse, was voraussetzen würde, dass alle Antragsteller Zugang zu rechtlicher Beratung haben. Folglich führt die Komplexität dieses Prozesses dazu, die Justiz außerhalb der Reichweite der einfachen Bürger zu stellen.

Unabhängigkeit der Gerichte

Die Verfassung Kenias sieht eine Unabhängigkeit der Gerichte mit einer Garantie der Amtszeit für die Richter des Obersten Gerichtshofs und des Berufungsgerichts vor. Die juristische Unabhängigkeit steht allerdings auf einem schwachen Fundament, da das Gesetz dem Präsidenten einen großen Ermessensspielraum bei der Ernennung der Richter des Obersten Gerichtshofs und des Berufungsgerichts einräumt. Kapitel IV, Paragraphen 61 und 64, sieht die Ernennung der Richter des Obersten Gerichtshofs und des Berufungsgerichts durch den Staatspräsidenten in Absprache mit dem Präsidenten der Kommission für das Gerichtswesen (JSC) vor. Die Verfassung ermächtigt den Präsidenten, den Obersten Richter nach seinem eigenen Ermessen aus dem Kreis der Personen, die als Richter in Kenia oder einem anderen Commonwealth-Staat gearbeitet haben oder in Kenia während der letzten sieben Jahre juristisch tätig waren, zu ernennen.

Paragraph 68 gründete die Kommission für das Gerichtswesen, die aus dem obersten Richter, dem Justizminister, dem Vorsitzenden der Kommission für den Öffentli-

²³ ebd., 428

²⁴ ebd., 428

²⁵ siehe Verfassung von Kenia (Supervisory Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights and Freedoms of the Individual), High Court Practice and Procedure Rules, 2006.

chen Dienst und zwei einfachen Richtern des Obersten Gerichtshofs oder Berufungsgerichts, bestimmt vom Präsidenten, besteht. Während die Verfassung vorsieht, dass die Kommission für das Gerichtswesen nicht der Kontrolle einer anderen Person oder Behörde unterliegt, ist die Tatsache aufschlussreich, dass alle Mitglieder der Kommission für das Gerichtswesen direkt oder indirekt vom Präsidenten in ihre Ämter berufen wurden.²⁶ Trotzdem sieht die Verfassung die Garantie einer Amtszeit für Friedensrichter nicht vor, obwohl diese Gerichte die große Mehrheit der Kriminal- und Zivilfälle behandeln, die dem Gerichtssystem Kenias vorliegen.

Die Unabhängigkeitsverfassung sah einen komplizierten Prozess der Suspendierung von Richtern vor, um sie vor Interventionen zu schützen, aber nachträgliche Verfassungsänderungen haben die Macht des Präsidenten, Richter suspendieren zu können, verstärkt.²⁷ Unter der aktuellen Verfassung muss der Oberste Richter ein kompliziertes Entlassungsverfahren für Richter des Obersten Gerichtshofs und Berufungsgerichts einleiten, das er dem Präsidenten vorzustellen hat. Im Gegenzug ist der Präsident durch den Paragraphen 62 der Verfassung befähigt, ein Strafgericht einzuberufen, um eine Untersuchung einzuleiten über jede Angelegenheit, die die Integrität oder Kompetenz oder physische und/oder mentale Verfassung eines solchen Richters betrifft.

Das Strafgericht besteht aus nicht weniger als zwei Mitgliedern, die aus dem Kreis von Richtern gewählt werden, die in Kenia oder einem anderen Commonwealth-Land tätig waren. Es ist unklar, auch wenn es in der Verfassung steht, ob die Empfehlungen eines solchen Strafgerichts überhaupt an den Präsidenten gebunden sind. In dem Fall der Entlassung des Obersten Richters bevollmächtigt die Verfassung den Präsidenten, ein Strafgericht einzuberufen mit einem Vorsitzenden, der das Amt des Sprechers der Nationalversammlung innehatte oder hat, zwei Personen müssen Richter des Berufungsgerichts sein, eine Person, der der Titel des Senior Counsel

verliehen wird, und der Vorsitzende der Kommission für den Öffentlichen Dienst. Wiederum ist es unklar, inwiefern solche Empfehlungen an den Präsidenten gebunden sind.

Das Recht auf Fair-Trial und verwandte Garantien

Die Verfassung Kenias sieht eine Rechtsstaatsgarantie mit dem Recht auf Fair-Trial für Personen vor, die angeklagt sind, kriminelle Verstöße begangen zu haben. In Kapitel V, Sektion 77 (1) ist vorgesehen, „wenn eine Person für ein kriminelles Delikt angeklagt ist, dann soll, es sei denn die Klage wurde fallengelassen, eine faire Anhörung in einem angemessenen Zeitraum von einem unabhängigen und unparteiischen, vom Gesetz zuständigen Gericht gewährt werden“. Das Recht auf Fair-Trial ist ferner in der Verfassung im Paragraphen 72 (2) verankert: „Eine Person, die festgenommen oder verhaftet wurde, soll so schnell wie es praktisch möglich ist in einer Sprache, die sie versteht, über die Gründe der Festnahme oder Haft informiert werden.“

Ähnlich ist der Grundsatz *ne bis in idem* in dem Paragraphen 77(5) enthalten: „Niemand darf, wenn aufgezeigt wird, dass er für eine kriminelle Straftat vor ein kompetentes Gericht gestellt wurde, für dieses Vergehen oder ein anderes, ob er verurteilt oder freigesprochen wurde für diese Straftat, noch einmal vor Gericht gestellt werden, ausgenommen auf Anordnung des Kammergerichts im Verlauf der Revision oder Überprüfung des Verfahrens hinsichtlich der Schuldsprechung oder Freisprechung.“

Der Grundsatz der Freiheit oder *nullum crimen* ist ebenfalls enthalten im Paragraphen 77(4): „Niemand kann schuldig gesprochen werden für eine kriminelle Straftat, für eine Handlung oder Unterlassung, die zu dem Zeitpunkt nicht durch Gesetz strafbewehrt war, und keine Strafe darf verhängt werden, die höher ist im Maße oder der Beschreibung als das Höchstmaß der Strafe, die für diese Straftat, zu dem Zeitpunkt, als sie verübt wurde, verhängt worden wäre.“

²⁶ Makau Mutua, „Justice under Siege: The Rule of Law and Judicial Subsistence in Kenya“, *Human Rights Quarterly*, No. 96, 2001: 104

²⁷ ebd., 101

Während es keine explizite Erwähnung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit im Verhältnis zum Verwaltungsrecht gibt, werden in den Kapiteln VII und VIII Bestimmungen getroffen, nach denen Staatsbeamte an das Gesetz und die Anwendung des Gesetzes gebunden sind, anstatt nach Gutdünken zu handeln. Diese Sektionen der Verfassung sehen *inter alia* ein Rahmenwerk und eine Richtlinie für das Steuerwesen der Regierung und die Ausgaben und die Einrichtung und die Funktionen des öffentlichen Dienstes vor.

Das Rahmenwerk der Demokratie in der Verfassung Kenias

Der Grundsatz der Demokratie ist in der Verfassung Kenias explizit ausgedrückt, aber er ist nicht ausreichend ausgearbeitet worden. In Kapitel I, Sektion 1A wird erklärt, dass Kenia ein demokratischer Mehrparteienstaat ist. Obwohl es keine spezifischen Garantien in der Verfassung für ein echtes Mehrparteiensystem gibt, sind Demokratie und Mehrparteienpolitik als ungeschriebene Verfassungsprinzipien anerkannt. Die objektiven Elemente, die diese Haltung unterstützen, schließen die Einrichtung einer Reihe von Wahllokalen, von Präsidentschafts- und Parlamentssitzen, die Wahl von Personen für diese Ämter mit kompetitiven Wahlen und die Existenz eines Rahmenwerks zur Regulierung des Wahlverfahrens ein.

Das Recht zur Kandidatur ist im Kapitel III, Sektionen 34 und 35, festgelegt, die die Qualifikationen beschreiben, die eine Person, die sich als Kandidat für einen Parlamentssitz aufstellen lassen möchte, erfüllen muss, während Kapitel II der Sektion 5 die erforderlichen Qualifikationen für eine Präsidentschaft beschreibt. Die Verfassung sieht geheime Wahlen vor, wobei jede wählende Person eine Stimme hat. Wahlen auf lokaler Amtsebene werden im Local Government Act²⁸ geregelt und müssen ebenfalls durch geheime Wahlabstimmung, in der jede wählende Person eine Stimme hat, erfolgen.

Während die Idee der Volkssouveränität als ungeschriebener Grundsatz in der Verfassung Kenias existiert, ist das Wahlrecht

nicht verankert, obwohl es in das Gesetz für Nationalversammlungen und Präsidentschaftswahlen²⁹ aufgenommen wurde. Kapitel II, Sektion 7 behandelt die Präsidentschaftswahl, aber es wird nicht differenziert, wer den Präsidenten wählt; daraus kann gefolgert werden, dass für die Wahl des Präsidenten dieselben Bestimmungen gelten, die für die Wähler gelten, die die Mitglieder des Parlaments wählen, denn der Präsident muss ein gewähltes Parlamentsmitglied sein. Jedenfalls sind genaue Bestimmungen in dem Gesetz für Nationalversammlungen und Präsidentschaftswahlen darüber vorhanden, wer berechtigt ist, an den Präsidentschaftswahlen teilzunehmen.

In Kapitel II, Sektion 32 wird die Wahl der Parlamentsmitglieder behandelt und konkreter beschrieben, wer in den Parlamentswahlen wählen darf:

„Jede Person, und niemand sonst, die im Wahlbezirk als Wähler registriert ist, außer sie ist in rechtlichen Gewahrsam genommen oder gesetzmäßig von diesen Wahlen disqualifiziert worden aufgrund einer Schuldsprechung eines Vergehens, das mit den Wahlen oder einem Wahlersuchen verbunden ist, hat den Anspruch, in diesem Wahlbezirk in Übereinstimmung mit dem Gesetz zu wählen.“

Die aktuellen Formen der Vertretung und Teilnahme an der Demokratie Kenias werden an keinem Punkt der Verfassung erläutert oder behandelt. Jedoch demonstriert die Tatsache, dass die Verfassung die Wahl von Personen für die Vertretung in den Institutionen, Präsidentschafts- und Parlamentswahlen eingeschlossen, vorsieht, eindeutig, dass das demokratische System in Kenia von repräsentativer oder republikanischer Natur ist.

Die Wahlkommission Kenias und das Wahlrecht

In Kapitel II, Sektion 41 der Verfassung Kenias wird die Wahlkommission Kenias (ECK) eingeführt, die als unabhängige Wahlbehörde beauftragt ist, die Präsidentschafts-, Parlaments- und Bürgerwahlen zu kontrollieren. Sektion 41, Untersektion 9

²⁸ siehe Kap. 265 Laws of Kenya

²⁹ siehe Kap. 7 Laws of Kenya

besagt: „In Ausübung ihrer Funktionen unter dieser Verfassung soll die Kommission nicht abhängig sein von der Anordnung einer Person oder Autorität.“ Sektion 42 ermächtigt die Wahlkommission, die parlamentarischen Wahlbezirke und Bürgerwahlbezirke festzulegen und zusätzlich alle Aspekte der Wahldurchführung in Kenia, einschließlich der Wählerregistrierung, zu überwachen.

Zurzeit steht der Wahlkommission ein Vorsitzender vor und sie besteht aus 22 Kommissaren, einschließlich des Vorsitzenden. Ursprünglich wurden alle Kommissare vom Präsidenten ohne Bezugnahme auf eine andere Person oder Amt ernannt. Doch ist es seit 1997 Brauch, was noch gesetzlich verankert werden soll, dass die großen politischen Parteien eine bestimmte Anzahl an Kommissaren auf der Basis ihrer numerischen Stärke im Parlament nominieren, die dann vom Präsidenten ernannt werden. Diese Maßnahme wurde ergriffen, um die Unparteilichkeit der ECK und ihre Legitimation und Akzeptanz von allen politischen Schlüsselfiguren, vor allem den politischen Parteien im Wahlprozess, zu garantieren.

Ein ECK-Kommissar genießt eine sichere Amtszeit, solange er pflichtbewusst seiner Arbeit nachgeht. Er kann nur entlassen werden auf Anordnung eines Strafgerichts, das von dem Präsidenten einberufen werden kann, um dessen Integrität oder Kompetenz oder physische und/oder mentale Gesundheit zu untersuchen. Die Verfassung sieht vor, dass das Strafgericht aus einem Vorsitzenden und vier anderen Personen zusammengesetzt ist, die qualifiziert sind, Richterämter im Obersten Gerichtshof oder Berufungsgericht innezuhaben. Die ECK darf jedoch nicht in Fragen der Gültigkeit der Wahlergebnisse ermitteln. Diese Funktion fällt in den Zuständigkeitsbereich des Obersten Gerichtshofs, der ermächtigt ist, in allen Fragen und Disputen, die das Ergebnis der Präsidentschafts-, Parlaments- und Bürgerwahlen betreffen, anzuhören und zu ermitteln.

C RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

I. Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts/Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten, die freiheitsschützenden Elemente betonenden Interpretation der Rechtsstaatlichkeit oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

II. Erkennt das Verfassungsgericht die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips an? Wenn Letzteres zutrifft, welche Auswirkungen hat das a) für das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den politischen Gewalten und b) das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative?

III. Inwieweit werden die Grundrechte als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen? Sofern sie als Elemente der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, gilt dies auch für die „politischen“ Grundrechte, d.h. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit?

IV. Hat das Verfassungsgericht/der Oberste Gerichtshof die Elemente definiert, die Bestandteil des Demokratieprinzips sind? Welche sind diese Elemente? Werden sie weit oder eher eng ausgelegt?

V. Definiert das Gericht das Prinzip der Volkssouveränität? Sofern dies der Fall ist, folgt es dem Konzept der uneingeschränkten Volkssouveränität oder eher einem Konzept, das die Volkssouveränität der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung sowie der gerichtlichen Kontrolle unterwirft?

VI. Wird in der Rechtsprechung des Gerichts das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesprochen? Falls ja, wird dieses Verhältnis eher als Komplementär- oder als Spannungsverhältnis gedeutet?

Kenias politische Geschichte der Einpartei- enregierung und der politischen Repressionen wird auch in der Art und Weise reflektiert, wie seine Gerichte die Fragen der Rechtsstaatlichkeit behandelt haben. Man kann dies natürlich nicht in Bezug auf alle Phasen der Landesgeschichte verallgemeinern. Es ist vielmehr wichtig zu bemerken, dass die Rechtsprechung der Oberen Gerichtshöfe des Landes die verschiedenen Phasen der politischen Geschichte des Landes widerspiegeln.

Die Verfassung Kenias sieht die Gründung von zwei Oberen Gerichtshöfen vor: den Obersten Gerichtshof und das Berufungsgericht. Der Oberste Gerichtshof ist zuständig für die ursprüngliche Rechtsprechung in allen Zivil- und Strafsachen und in der Rechtsmittelinstanz für nachgeordnete Gerichte. Das Berufungsgericht ist die Rechtsmittelinstanz für bestimmte Sachverhalte, die vom Obersten Gerichtshof übertragen werden, mit Ausnahme der Fragen über Verfassungsauslegung, in der der Oberste Gerichtshof das letzte Wort behält. Es sei in Erinnerung gerufen, dass der Oberste Gerichtshof ursprüngliche Rechtsprechung hat, um Sachverhalte anzuhören, die die fundamentalen Rechte und Freiheiten der Bill of Rights Kenias betreffen. Kapitel 5 der Verfassung Kenias (Sektion 70 bis 83 einschließlich) ordnet die konstitutionellen geschützten Rechte und Freiheiten mit der Sektion 84 an, die dem Obersten Gerichtshof uneingeschränkte Rechtsprechung gewährt, um ihre Geltendmachung zu gewährleisten.

Seit der Unabhängigkeit im Jahre 1963 griff die Exekutive in Kenia zunehmend in die Unabhängigkeit der Justiz ein, indem sie die Gewaltenteilung, die die Unabhängigkeitsverfassung vorausah, reduzierte. Mitte der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts war die Justiz der verlängerte Arm der autoritären Präsidentschaft, und traf Rechtsschlüsse, deren Logik größtenteils dem Wunsch entsprang, den Forderungen der Exekutive zu entsprechen. Die Justiz gab ihre führende Rolle beim Schutz der Menschenrechte auf und verwandelte sich immer mehr in einen bereitwilligen Komplizen der Exekutive bei der Unterdrückung. Aspekte dieses Kotsaus unter dem Diktat der Exekutive von Seiten der Justiz in den 1980er und 1990er Jahren manifestierten

sich in einem rigiden Formalismus bei der Interpretation der Fragen zu Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten.

Bis 1997 wurde gemäß der Verfassung die Verhaftung ohne Gerichtsverfahren von Personen gestattet, die von der Exekutive als Bedrohung für die „nationale Sicherheit“ eingeschätzt wurden. Die Zielpersonen waren oft Kritiker der Regierung des damaligen Präsidenten Daniel Arap Moi und der Regierungspartei, Kenya African National Union (KANU). Jene, die ohne Verfahren verhaftet wurden, fanden keinen Rückhalt in der Gesetzgebung, da die Gerichte routinemäßig erklärten, dass ihre Zuständigkeit mit der gültigen Verhaftung, die vom Staat verordnet wurde, endete. Die Fälle *Ooko gegen Republik* und *Republic gegen Commissioner of Police ex parte Raila Odinga und andere* bedienten sich dieses engen Denkansatzes. Durch die Weigerung, sich mit mehr als der formellen Gültigkeit eines Haftbefehls auseinanderzusetzen, gab der Oberste Gerichtshof sein Recht auf, über substantielle Fragen der Verfassungsmäßigkeit einer Verhaftung ohne Verhandlung im Licht der Bill of Rights zu entscheiden. Da die Justiz verkündete, sie wäre selbst machtlos, die Gültigkeit einer Haftbestimmung zu prüfen, wurde kein politischer Gefangener jemals infolge einer Gerichtsbestimmung freigelassen – dies alles trotz der Tatsache, dass laut Sektion 60 die Verfassung unbegrenzte zivil- und strafrechtliche Rechtsprechungsbefugnis hat.

Diese einschränkende Auslegung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wurde außerdem von der Justiz benutzt, um Veränderungen in den Nominationsprozeduren der damaligen regierenden Partei KANU abzulehnen. 1982 wurde in der Verfassungsänderung, die KANU zur einzigen rechtmäßigen politischen Partei bestimmte, das Recht der politischen Teilnahme in Kenia, wie es in der Bill of Rights angeordnet wurde, begrenzt. Die Parteienominierung zu verlieren, hieß insgesamt ausgeschlossen zu sein von der Politik. So wie in den Fällen der Verhaftung ohne Verhandlung, wo Personen von der undemokratischen und eigenmächtigen Anwendung der Parteienominierungsbestimmungen benachteiligt wurden, gab der Oberste Gerichtshof seine Aufgabe, Recht zu sprechen, preis.

Im Fall *Mathew Odenyo gegen David Onyancha and Another*, verkündete der Oberste Gerichtshof, indem er einem geschädigten Politiker die Inanspruchnahme von Rechtshilfe verweigerte, dem der Nominierungsprozess der Führungspartei KANU missfiel, dass „der Oberste Gerichtshof keine Mittel der Rechtsprechung besitzt, Missstände, die aus den Nominierungsbestimmungen der Partei KANU entstehen, anzuhören.“ Die Behauptung von Seiten der Justiz, die einzig regierende Partei sei eine Art von Privatclub, steht im Gegensatz zur Tatsache, dass KANU ein Rechtsträger ist, dessen Grundlage die Verfassung steht, und dass das Verhalten von KANU Konsequenzen für viele weitere juristische Angelegenheiten hat. Laut Stanley Ross hatte die Justiz Kenias dankbar zu sein, dass das Parlament nicht berechtigt war, das Fundament der Demokratie des Staates abzubauen, ohne die Basis der Rechtsprechung und der Rechtsstaatlichkeit zu zerstören.³⁰ Man kann ohne weiteres behaupten, dass die Justiz Kenias eine zentrale Rolle bei der Aushöhlung des Grundsatzes der demokratischen Beteiligung gespielt hat.

Der Oberste Gerichtshof wandte diesen rigiden Formalismus auch bei Bürgschaften besonders in den 1980er und 1990er Jahren, Phasen intensiver Repressionen, an. Die Verfassung Kenias sieht Bürgschaften außer bei Kapitalverstößen in Sektion 72 vor. In der Praxis jedoch erwiesen sich die Gerichte Kenias bereit, sich für die Opposition bei Bürgschaften einzusetzen, insbesondere bei politisch gefärbten Fällen.

Im Fall *Willy Muniwoki Mutunga gegen Republik* zum Beispiel demonstrierte der Oberste Gerichtshof seine Bereitwilligkeit, den von der Exekutive geäußerten Erwägungen der Öffentlichen Ordnung eine höhere Priorität als den Menschenrechtsforderungen einzuräumen: „Es kann nicht zu oft betont werden, dass solche Rechte (fundamentale Rechte und Freiheiten) existieren und dann gestärkt werden, wenn Recht und Ordnung maßgeblich sind. Sind Frieden und Stabilität verschwunden, gehen solche Rechte bedenkenlos über Bord.“

³⁰ Stanley D. Ross, „The Rule of Law and Lawyers in Kenya“, *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 30, No. 3 (Sept. 1992), 421-442 und 427-428.

Der Einspruch auf Kautions des Angeklagten wurde ungeachtet der Verfassungsgarantien abgewiesen, da das Gericht erklärte: „Verfassungsvorschriften sind nicht vorgeschrieben, wenn die Interessen der Justiz anderweitig liegen.“ Wie Wachira Maina sagte: „Selten wird ein Kautionsantrag auf eigene Verdienste hin behandelt. Vielmehr sind abgedroschene Phrasen wie ‚Die Untersuchungen sind noch nicht abgeschlossen‘, ‚Die Anklagepunkte sind gravierend‘, ‚Das öffentliche Interesse ist voreingenommen‘, ‚Andere werden angeklagt‘ oder ‚Der Angeklagte wird die Untersuchungen stören‘ der Dreh- und Angelpunkt der Entscheidungen über Kautionen.“³¹

Die Gerichte schwächten die in der Verfassung verankerten Rechte sogar noch mehr, indem sie den Zugang zu ihrer Vollstreckung auf eine Weise beschränkten, die deren Autoren niemals beabsichtigt hatten und die dem Geist der Bill of Rights widersprach. Wie schon erklärt, ist das Recht auf Zugang zum Obersten Gerichtshof, um Verletzungen der in der Verfassung garantierten Rechte zu beheben, in Sektion 84 (1) der Verfassung festgelegt:

„falls eine Person behauptet, dass gegen eine der Bestimmungen der Sektionen 10 bis 83 (eingeschlossen) auf ihre Kosten verstoßen wurde, ein solcher Verstoß geplant ist oder es den Anschein hat, als würde gegen sie verstoßen (oder im Fall, dass die Person verhindert ist, wenn eine andere Person solch einen Verstoß in Bezug auf die verhinderte Person vorbringt), dann kann diese Person (oder die andere), ohne andere Akte hinsichtlich derselben Angelegenheit, die rechtmäßig gültig ist, hinzuzuziehen, sich direkt an den Obersten Gerichtshof wenden, um eine Entschädigung einzuklagen.“

Dieser unmissverständliche Gesetzestext der Verfassung wurde durch die Auslegung des Unterabschnitts (6) von Seiten des Obersten Gerichtshofs verzerrt:

(6) Der Oberste Richter kann Bestimmungen aufstellen im Hinblick auf die Vorgehensweise und Prozedur des Obersten Gerichtshofs bezüglich der Rechtsprechung

³¹ Wachira Maina, „Judicial Response to Bail Applications: An Essay on Constitutionalism“, *Nairobi Law Monthly*, No. 22 (März 1990), 31-34.

und der ihm durch diese Sektion verliehenen Macht (einschließlich der Bestimmungen in Hinblick auf die Zeit, in der die Anträge und Empfehlungen dem Obersten Gerichtshof zugetragen werden).

Bis 1988 bestand der rechtswirksame Grundsatz der Gerichte, dass Personen auf die Gerichte zurückgreifen können, obwohl der Oberste Richter keine Gesetze erlassen hatte, um diesen Zugang zu regeln. Im November 1988 jedoch, als der Oberste Richter Cecil Miller im Fall *Kamau Kuria v Attorney General* erklärte, dass, wenn der Oberste Richter keine Bestimmungen in der Subsektion (6) erlassen hat, „eine Lücke in der Suche nach Gewissheit besteht, die der wichtigste Aspekt der Rechtsprechung ist, hinsichtlich der gesamten Sektion 84.“ Wenn der Oberste Richter den Antrag nicht aus Mangel an Bestimmungen ablehnt, wird die Einführung seines Gesetzes bald ersichtlich. Im Juli 1989 stellte Richter Norbury Dugdale, ein Richter des Obersten Gerichtshofs, im Fall *Joseph Maina Mbacha and 2 Others v Attorney General*, indem er die Worte des Obersten Richters Miller zitierte, fest, dass in dem Moment, wo der Oberste Richter keine Gesetze erlassen hat, „man sehen kann, dass Sektion 84 der Verfassung nicht wirksam ist“³²

Wie alle Verfassungsrechtler Kenias bemerkten, erklärte Richter Dugdale die Bill of Rights Kenias als unvollstreckbar – so beispielsweise Gitobu Imanyara in der Ausgabe *Nairobi Law Monthly* vom August 1989: „Keine einzige Entscheidung unserer Gerichte hat der Entwicklung der Verfassung unseres Landes größeren Schaden angerichtet als Richter Dugdales Regelung im Fall *Joseph Maina Mbacha and 2 Others v Attorney General*.“³³ Der Schaden, der aus der Begründung des Richters Dugdale entstanden war, hätte sehr einfach begrenzt werden können, wenn der Oberste Richter und sein Gefolge den Richter Norbury Dugdale nicht zu einen permanenten Wächter des Gerichts gemacht hätte, indem sie ihn als ordentlichen Richter für

eine Zeitspanne von mehreren Jahren einsetzten. Die praktische Wirkung dieser stillschweigenden Begünstigung von Seiten des Obersten Richters war die Gewährleistung, dass die meisten Anträge auf Entschädigung wegen Verletzungen der Menschenrechte abgelehnt wurden, bevor sie angehört wurden.

Lange vor dem durch den Obersten Richter Miller und Richter Dugdale angerichteten Schaden hatte die Rechtsprechung den Prozess der Dekonstruktion des verfassungsrechtlichen Schutzes der Rechte durch die Einschränkung ihrer Geltendmachung begonnen. Zwei Fälle aus dem Jahr 1979, *Anarita Karimi Njeru v Republic* (No. 1) (1979) und *Anarita Karimi Njeru v Republic* (No. 2) (1979) sind wichtig.³⁴ Im Fall *Anarita Karimi Njeru v Republic* (No. 1) (1979) hatte sich die Berufungsklägerin an den Obersten Gerichtshof gewandt, um eine Verletzung des Rechts auf ein Fair-Trial anzuklagen, nachdem bei der Magistratsverhandlung das nach geordnete Gericht sich als unfähig erwies, eine Vertagung zu bewilligen, um einen Zeugen aufzurufen. Der Oberste Gerichtshof befand, die Angeklagte könne keine Rechtsmittel vom Obersten Gerichtshof erwarten, da sie andere ihr zur Verfügung stehende Rechtsmittel ausgeschöpft hatte.

Diese einschränkende Auslegung der Verfassung wurde vom Obersten Gerichtshof in nachfolgenden Fällen benutzt, um die Verwirklichung der Grundrechte zu begrenzen, bis 1992, als ein Verfassungsgericht des Obersten Gerichtshofs es als mangelhaftes Gesetz im Fall *Harun Thungu Wakaba v Republic* aufhob. Im Fall *Anarita Karimi Njeru v Republic* (No. 2) (1979) befand das Berufungsgericht, dass eine angeklagte Person nicht das Berufungsgericht anrufen kann, wenn der Oberste Gerichtshof zu einem Beschluss gekommen ist über einen Gegenstand der fundamentalen Menschenrechte in Sektion 84 (1) der Verfassung, selbst wenn Subsektion (7) das Recht auf Berufung bei einem Berufungsgericht vorsieht. Wie in dem vorhergehenden Fall wurde die mangelhafte Begründung im Fall *Anarita Karimi Njeru versus*

³² siehe *Nairobi Law Monthly*, No. 17 Juli/August 1989, 38.

³³ Gitobu Imanyara, „Constitutional Protection and the Right of Access to the High Court: Mr. Justice Dugdale's Giant Step Backward“, *Nairobi Law Monthly* No. 17 Juli/August 1989, 4.

³⁴ Grundsätzlich hierzu: Kathurima M'Inoti, „Enforcement of Fundamental Rights in Kenya: Righting Some of the Initial Wrongs“, *Nairobi Law Monthly* No. 42 April/Mai 1992, 33-38

Republic (No. 2) (1979) 1992 ebenfalls fallengelassen.

Die andere Strategie, die die Exekutive entwickelte, um die Rechtsprechung in Kenia zu kontrollieren, setzte sie mit Hilfe der Ernennungs- und Anheuerungsverfahren um. Da in der Verfassung die Gewährleistung der Amtszeit der Richter vorgesehen war, konnten diese Bestimmungen nur in Übereinstimmung mit einem rigorosen Rechtsmechanismus widerrufen werden. Vertragsrichter aus dem Exil genossen solch einen Schutz nicht. Schon kurz nach der Unabhängigkeit wurde der Oberste Gerichtshof und das Berufungsgericht mit Vertragsrichtern aus dem Ausland bzw. Exil besetzt, angeblich, um den Bedarf des neuen Staates zu decken.³⁵ Sowohl der erste Präsident Jomo Kenyatta als auch sein Nachfolger Daniel Arap Moi fanden in diesen Richtern ein praktisches Instrument, um die Rechtsprechung der Exekutive gegenüber unterwürfig zu halten.³⁶

Diese Richter, von denen die meisten Briten waren, wurden mit verlängerbaren Verträgen angestellt, finanziell unterstützt von Großbritannien über die Overseas Development Agency (ODA) und waren schutzlos dem Druck und der Manipulation durch die Exekutive ausgeliefert. Wie ein früherer Vertragsrichter sagte, waren die Richterverträge für viele dieser Ausländer eine Traumposition, die sie in ihrer Heimat niemals hätten haben können.³⁷ Aus diesem Grund waren sie eifrig darum bemüht, ihre Positionen zu behalten und die Perspektiven auf Verlängerung ihrer Verträge nicht zu verlieren. Folglich waren sie viel vorsichtiger als ihre kenianischen Kollegen, die die Sicherheit der unbegrenzten Amtszeit genossen und eine Konfrontation mit der Exekutive nicht scheuen mussten.

Der berühmteste dieser Vertragsrichter war Norbury Dugdale, der als Richter des Obersten Gerichtshofs die Anträge auf Vollstreckung der in der Verfassung garantier-

ten Menschenrechte blockierte. Ein weiterer dieser Vertragsrichter war Alan Hancox, der später Oberster Richter wurde, der die Unabhängigkeit des öffentlichen Dienstes im Fall *Stephen Mwangi Mureithi v Attorney General* beschnitt, als er entschied, dass Mitglieder des öffentlichen Dienstes im Sinne des Präsidenten zu amtieren haben.³⁸

Den wenigen, die es wagten, ungünstige Entscheidungen zu fällen, wurde der Vertrag gekündigt. 1987 resignierte Richter Dereck Schofield, ein Vertragsrichter aus Großbritannien, nachdem er von dem Obersten Richter aufgefordert worden war, sich selbst von einem Fall, den er auf Anweisung des Präsidenten Daniel Arap Moi führte, zu disqualifizieren. Richter Schofield hatte den Direktor der Kriminalabteilung wegen des Versäumnisses belangt, den Verdächtigenkreis im Fall der Ermordung von Mbaraka Karanja zu benennen, der von der Polizei im Gefängnis getötet worden war.³⁹ 1988 zum Beispiel wurde der Vertrag von Richter Patrick O'Connor vom Obersten Richter fristlos gekündigt, nachdem er eine Verlegung von der Hauptstadt Nairobi zu einem ländlichen Außenposten von Meru verweigerte.⁴⁰ Zwei anderen Richtern, Richter Edward Torgbor aus Ghana und Richter A. J. Couldrey, die entschieden hatten, dass eine Petition gegen die Wahl des Präsidenten Moi ordnungsgemäß eingereicht worden war, wurde ebenfalls der Vertrag gekündigt.⁴¹ Die Gerichte lehnten routinemäßig jede Bemühung um eine Untersuchung von Forderungsvorwürfen ab. Der Oberste Richter ließ oft Rundschreiben verteilen, mit denen die Richter instruiert wurden, wie sie in speziellen Fällen gemäß der öffentlichen Direktiven des Präsidenten zu bestimmen hatten.⁴²

1997 ernannte Präsident Moi den Vorsitzenden der Wahlkommission, Zacheaus Chesoni, zum Obersten Richter. Richter Chesoni führte den Vorsitz in den ersten Wahlen des Mehrparteiensystems 1992,

³⁵ Makau wa Mutua, "Justice under Siege: The Rule of Law and Judicial Subservience in Kenya", *Human Rights Quarterly* Vol. 23, No. 1. Februar 2001, 96-118.

³⁶ ebd.

³⁷ "Are British Judges Doing a Good Service to Kenya? Ein Interview mit Dr. Eugen Contran, ehemaliger Richter des Obersten Gerichtshofs in Kenia", *Nairobi Law Monthly* No. 33, Juni 1991, 9.

³⁸ *Nairobi Law Monthly* No. 38, Nov. 1991, 15.

³⁹ "Why I Left Kenya - Schofield", *Nairobi Law Monthly* No. 41 Feb./März 1992, 49-50.

⁴⁰ *Nairobi Law Monthly* Nov. 1988, 5-6.

⁴¹ Der Vertrag von Richter Couldrey wurde 1993 nicht erneuert und Torgbors Vertrag wurde 1994 beendet.

⁴² siehe Makau wa Mutua (2001)

von denen die Opposition annahm, dass sie zum Vorteil des Präsidenten Moi manipuliert worden waren. Bei seinem Wechsel auf die Seite der Rechtsprechung begleiteten ihn Altlasten zuvor begangener persönlicher finanzieller Verfehlungen, was früher bereits zu seiner Entlassung als Richter des Obersten Gerichtshofs in zwei Fällen geführt hatte.⁴³ Unabhängige Beobachter, einschließlich des kenianischen Gerichtswesens, sahen Chesonis Aufstieg zur Agenda des Präsidenten Moi als Mittel an, die Rechtsprechung im Schwitzkasten zu behalten.

Als der Oberste Richter Chesoni 1999 starb, zeigte Präsident Moi offen seine Verachtung für die Unabhängigkeit und die Integrität der Gerichte, indem er den Direktor der Öffentlichen Staatsanwaltschaft, Bernard Chunga, zu dessen Nachfolger ernannte. Als Staatsanwalt hatte Chunga eng mit der nachgiebigen proexekutiven Justiz in den Phasen der Repressionen in den 80er und 90er Jahren zusammengearbeitet und hatte hunderte von Regimekritikern mit Hilfe frei erfundener Vorwürfe ins Gefängnis gebracht, oft auf Geständnissen beruhend, die unter grausamsten Folterungen abgelegt worden waren.

Damit soll nicht gemeint sein, dass es keine Fälle kühner richterlicher Beschlüsse gab, die die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie achteten. Im Dunstkreis von richterlicher Unterwürfigkeit vor der Exekutive warfen aber doch einige Sterne der Unabhängigkeit Licht auf die Verfassungsrechtsprechung Kenias. Das Berufungsgericht von 1985 im Fall *Stanley Munga Githunguri vs Republic* (1987) untersagte dem Generalstaatsanwalt, erneut kriminelle Beschuldigungen gegen den Kläger vorzubringen, nachdem die Untersuchungen abgeschlossen waren woraufhin ihm von Generalstaatsanwaltschaft im Parlament versichert wurde, dass er nicht strafrechtlich verfolgt werden würde. In seinem Beschluss bestimmte das Gericht:

„Wir ... sprechen im Wissen, dass es unsere Pflicht ist, uns selbst zu fragen, welchen Nutzen eine Verfassung hat, wenn sie vom Volk nicht verehrt und respektiert wird.

Das Volk wird den Glauben an die Verfassung verlieren, wenn sie keinen effektiven Schutz der Grundrechte gewährleisten kann. Die Menschen wissen und glauben, dass die Zerstörung der Rechtsstaatlichkeit und die Zerstörung der Justiz die Zerstörung der Gesellschaft mit sich bringt.“

Ein weiterer wichtiger Fall, der die Grundrechte tangiert, ist der Fall *Felix Njagi Marete v. Attorney General*, in dem der Kläger seine Amtsenthebung wegen illoyalen Verhaltens, das sich aus dem Staatsstreich vom 1. August 1982 ergab, anfocht. Der Arbeitgeber hatte die Amtsenthebung auf eine Suspension reduziert und angeordnet, dass er unentgeltlich arbeiten müsse und seine Position ohne vorherige Erlaubnis nicht verlassen dürfe. In seiner Entscheidung führte Richter Frank Shields aus: „eine Person zu zweieinhalb Jahren ohne Bezahlung zu verurteilen, ohne Arbeit und ohne die Freiheit, Arbeit zu suchen, ist geistige Folter und eine menschenunwürdige und degradierende Strafe“. Die Wichtigkeit der Schutzvorkehrungen der Verfassung betonend, sagte Richter Shields: „die Verfassung dieser Republik ist weder eine zahnlose Bulldogge noch eine Sammlung frommer Platituden. Sie hat Zähne und diese sind speziell in Sektion 84 zu finden.“

Insgesamt scheint es richtig, mit den Worten Kathurima M'Inoti zu schließen: „Die Gerichte sind die letzte Bastion der verlogenen Ehrbarkeit. Dies kann ohne weiteres anders werden, wenn die Legislative seriös wird, wenn sie von der Judikative sanktioniert wird.“⁴⁴

D DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

I. Inwieweit ist die Rechtsstaatlichkeit in Ihrem Land erfolgreich verwirklicht, insbesondere mit Blick auf a) die Achtung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die politischen Gewalten und b) die Bereitschaft der politischen Gewalten, Gerichtsentscheidungen, die ihre Befugnisse beschneiden, zu befolgen und umzusetzen?

⁴³ *Nairobi Law Monthly*

⁴⁴ Kathurima M'Inoti, "The Judiciary in Multi-Party Kenya", *Nairobi Law Monthly* No. 47, Mai 1993, 13-14: 14.

II. Inwieweit ist die Demokratie in Ihrem Land verwirklicht, insbesondere mit Blick auf den Schutz und die Förderung a) eines echten Mehrparteien-Systems und b) die in regelmäßigen Abständen erfolgende Organisation und Überwachung freier und fairer Wahlen unter der Kontrolle unabhängiger Wahlkörperschaften?

III. Falls es Defizite in Bezug auf I. oder II. gibt, was sind die Ursachen für diese Defizite? Würden Sie sagen, dass die Implementierung des einen oder des anderen Prinzips in Ihrem Land weiter vorangeschritten ist? Falls ja, was sind die Gründe für den unterschiedlichen Implementierungsgrad? Welche Wechselwirkungen zwischen beiden Prinzipien lassen sich in Ihrem Land beobachten? Was sind die Konsequenzen dieser Wechselwirkung für die Implementierungsfrage?

Es soll in Erinnerung gerufen werden, dass in der Verfassung nach der Unabhängigkeit im Jahre 1963 vorgesehen war, dass Kenia eine wettbewerbsfähige Demokratie mit einem Mehrparteiensystem sein würde, in der die Macht ausgewogen verteilt sein würde zwischen Exekutive, einer unabhängigen Judikative und einer Zweikammerlegislative. 1964 jedoch löste KADU, die größte oppositionelle Partei, sich selbst auf und ihre Mitglieder wurden Teil der Regierungspartei. Eine Verfassungsänderung hob den Senat auf und ließ das Land mit einem Einkammerparlament zurück. Insgesamt blieb das politische System in den ersten Jahren der Unabhängigkeit trotzdem relativ offen und wettbewerbsfähig. Es gab kein gesetzliches Verbot alternativer Parteien, wie es in vielen anderen afrikanischen Ländern der Fall war.

1966 tauchte eine neue politische Partei unter Führung des Vizepräsidenten von Kenyatta, Jaramogi Oginga Odinga, auf: die KPU. Die Regierung von Kenyatta beschränkte die Partei in ihren Kampagnen und verweigerte einigen ihrer Kandidaten, den Wahlkampf im Jahre 1969 zu führen. Kurze Zeit später verbannte Kenyatta die KPU und beschuldigte ihre Führer der angeblichen Verschwörung zum Sturz der Regierung. Obwohl die Regierungspartei KANU weiterhin in der politischen Landschaft dominierte, wurde ein rechtliches Verbot eines Mehrparteiensystems erst

1982 ausgesprochen.⁴⁵ In einer Rekordzeit von 45 Minuten änderte das Parlament die Verfassung insofern, dass die Gründung von politischen Parteien verboten und die Regierungspartei KANU als einzige legale Partei eingesetzt wurde. Kenia war nun *de jure* ein Einparteienstaat in der Art anderer afrikanischer Staaten wie Zaire und Ghana.

Die Kriminalisierung der Mehrparteienpolitik öffnete die Tür für zahlreiche Festnahmen und Verhaftungen von anders denkenden Akademikern, Journalisten und politischen Kritikern der zwangsverordneten Politik der Regierung unter Präsident Daniel Arap Moi.⁴⁶ Die Differenzierung zwischen Staat und Regierungspartei wurde zunehmend unklarer. 1985 erklärte Präsident Moi, dass KANU verfassungsgemäß über dem Parlament stünde und seine Entscheidungen immun gegen Untersuchungen des Gerichts seien. Parlamentsdebatten waren nicht mehr gerne gesehen und anders denkende Parlamentsmitglieder konnten suspendiert oder aus der Partei ausgeschlossen werden und dementsprechend das Recht zur Kandidatur bei zukünftigen Wahlen verlieren.⁴⁷

1986 änderte die Regierung über das Parlament die Wahlgesetze, indem sie das geheime Wahlverfahren in Richtung lokaler und parlamentarischer Wahlen auflöste. Nach den neuen Gesetzen sollten die Kenianer sich bei den Parteinominierungen hinter ihren bevorzugten Kandidaten stellen und der Kandidat, der mehr als 70 Prozent der Stimmen erhielt, wurde ohne Gegenkandidat als gewählt erklärt. 1988 wurden die allgemeinen Wahlen, die nach den neuen Gesetzen gehalten wurden, massiv zugunsten der Kandidaten manipuliert, die der Parteihierarchie näher standen. Politiker, die sich über die Unregelmäßigkeiten beschwerten, wurden von der Regierungspartei ausgeschlossen, so dass ihre politische Karriere keine Fortsetzung fand.

Das Mehrparteiensystem wurde 1991 wieder eingeführt mit der Aufhebung der Sektion 2(a) der Verfassung. Sehr beunruhigend war die vom Staat gestützte ethnisch

⁴⁵ Sektion 2A der Verfassung Kenias.

⁴⁶ Während der drastischen Maßnahmen *Mwakenya* im Jahre 1980 wurden Hunderte von Personen festgenommen.

⁴⁷ siehe allgemein Jennifer Widner (1993)

motivierter Gewalt in einigen Teilen des Landes, die zu über 1.500 Toten führte und zu einer Umsiedlung von 300.000 Menschen in den 1990er Jahren.⁴⁸ Außerdem waren die allgemeinen Wahlen sowohl 1992 als auch 1997 von Restriktionen der Opposition gekennzeichnet. Der Mehrparteiwettbewerb fand fast während der gesamten 1990er Jahre größtenteils unter größten Schwierigkeiten statt. Im Oktober 1997 jedoch gab die Moi-Regierung dem nicht nachlassenden innerstaatlichen und internationalen Druck nach und erlaubte einen überparteilichen Dialog, der zur Verordnung minimaler Wahlgesetzreformen von Seiten des Parlaments führte. Nach diesen Reformen sollten die Oppositionsparteien zum ersten Mal in der Wahlkommission vertreten und hätten während des Wahlkampfes Zugang zum staatseigenen Radio und Fernsehen. Trotzdem boten die Wahlen, die 1997 unter diesen Regelungen stattfanden, keine vollkommen freien und fairen Bedingungen. Präsident Moi und seine Regierungspartei KANU gewannen wiederum die Wahlen unter Protesten der Opposition.

2002 führte Mwai Kibaki eine Koalition der Parteien unter dem Dach von National Rainbow Coalition (NARC) ein und besiegte die lange Zeit herrschende Partei KANU und seinen Kandidaten Uhuru Kenyatta. Einige Gelehrte sahen die Wahlen von 2002 und Präsident Moisis Ausscheiden als Zeichen für die Vollendung von Kenias „langwierigem Übergang“ zur Demokratie. Andere warnten, dass es zu früh sei, um den erreichten Grad des Landes an Liberalisierung und Demokratisierung entsprechend bewerten zu können.

Die Regierung NARC kam auf der Grundlage der Reformen an die Macht und versicherte, den Wiederaufbau der Rechtsstaatlichkeit zu gewährleisten, den Schmutz in der Justiz zu säubern und den Schutz der

Menschenrechte wiederherzustellen.⁴⁹ Eine ihrer ersten Amtshandlungen war ein Versuch, die Vertrauenskrise in der Justiz zu bekämpfen. Im Februar 2003 rief eine zivilgesellschaftlich angeführte Kampagne zur Absetzung des Obersten Richters Bernard Chunga aufgrund von dessen Beteiligung an schwerwiegenden Menschenrechtsübertretungen in der Vergangenheit auf. Der Präsident richtete als Reaktion ein Strafgericht ein, um den Korruptionsvorwurf in der Justiz zu überprüfen, um die „Radikaloperation“, die die Regierung NARC der Justiz verordnen wollte, zu unterstützen. Dieses Komitee schlug eine Überprüfung der 23 Richter des Obersten Gerichts und des Berufungsgerichts vor. Der Großteil der Richter zog es vor, sich eher zur Ruhe zu setzen als sich den Ermittlungen auszusetzen.⁵⁰ Im Mai 2008 hatten einige der Gerichtshöfe ihre Untersuchungen noch nicht abgeschlossen. Nichtsdestotrotz hatten die Gerichtshöfe die Entlassung von zwei Richtern des Obersten Gerichtshofs empfohlen, während einige der Richter von den Beschuldigungen freigesprochen wurden.

Die Rückerstattung des öffentlichen Eigentums, das von der Regierung des Präsidenten Moi beschlagnahmt worden waren, warf ebenfalls schwerwiegende Fragen hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit auf. Eine der ersten Handlungen bei der Wiedergutmachung der Rückerstattung des öffentlichen Eigentums, war die Entscheidung der Kibaki-Regierung im Jahre 2003, das Kenyatta International Conference Centre (KICC) von der ehemaligen Regierungspartei KANU wieder in Besitz zu nehmen. Das KICC wurde mit öffentlichen Geldern gebaut, dann aber der Regierungspartei als Geschenk des ehemaligen Präsidenten Moi übergeben. Durch eine Ermächtigung, „Executive Order“ genannt – eine Prozedur, die dem kenianischen Recht unbekannt ist –, nahm die NARC-Regierung das KICC in Besitz und nötigte damit KANU, die Sache vor Gericht zu bringen.⁵¹

⁴⁸ Im August 1998 fand die Prüfungskommission bei den Land Clashes heraus, dass einige Mitglieder des inneren Zirkels der Regierungshelfer von Präsident Moi verantwortlich waren für organisierte ethnisch motivierte Gewalt im Rift Valley, Nyanza, West- und Küstenprovinzen während der 90er Jahre. S. allgemein, *Killing the Vote: State-sponsored Violence and Flawed Elections in Kenya* (Kenya Human Rights Commission, 1998).

⁴⁹ siehe *2002 Election Manifesto of National Alliance Rainbow Coalition*.

⁵⁰ *Daily Nation*, 15. Oktober 2002.

⁵¹ *Daily Nation*, 1. Januar 2003; *Daily Nation*, 13. Februar 2003

Nichtsdestotrotz war der Kibaki-Regierung gutzuschreiben, dass sie den Raum für politische Freiheiten in den ersten vier Jahren ihrer Machtübernahme erweiterte. Obwohl es einzelne schwerwiegende Verfehlungen von Seiten der Regierung hinsichtlich der Medien gab, blieben die Medien insgesamt unabhängig und dynamisch. Zum Beispiel wurde eine Anzahl von Journalisten vor Gericht geschleppt aufgrund von unbegründeten Anklagen in der Absicht, sie einzuschüchtern, um so Einfluss zu nehmen auf ihre Untersuchungen, die Korruptionsvorwürfe gegen die Regierung und eine Kritik am Präsidenten und seinen Handlangern zum Thema hatten. Der unverfrorenste Angriff auf die Medienfreiheit fand im März 2006 bei einem Überfall der Polizei auf eine Gruppe von Zeitungen statt, als Polizisten in Skimasken Zeitungen konfiszierten, die Redaktionsräume verwüsteten und einen Teil des Mobiliars wegschaffte.⁵² Ein weiteres Beispiel ist David Makali, der leitende Redakteur des „Sunday Standard“, der gefangen genommen und im Oktober 2003 angeklagt wurde, nachdem seine Zeitung Auszüge eines durchgesickerten Polizeiberichts über den Mord an einem Akademiker, Dr. Crispin Mbai, veröffentlicht hatte, der in seinem Haus in Nairobi erschossen wurde.⁵³

Es gab auch Fälle von Oppositionspolitikern, die daran gehindert wurden, auf politischen Kundgebungen zu sprechen. In einem Fall aus dem Jahr 2003 hinderte bewaffnete Polizei ein Oppositionsmitglied des Parlaments, den Sohn des früheren Präsidenten Dania Arap Moi, daran, vor seiner Wählerschaft zu sprechen.⁵⁴ Einflussreiche Personen innerhalb der Regierung nahmen außerdem weiterhin Einfluss auf die Rechtsprechung. Am 20. April 2007 veröffentlichte die Zeitung „Daily Nation“ Auszüge eines Briefes des Magistratsvorsitzenden von Busia, in dem dieser den Vizepräsidenten anklagte, sein Büro zur „Entgleisung der Justiz“ zu benutzen, und er plädierte mit dem Obersten Richter dafür, die Justizbeamten vor der Intervention des Vizepräsidenten zu schützen. Der Vizepräsident hatte vergeblich versucht, eine Freilassung in einem dreifachen Raubmord-

fall in einer Untersuchung vom Magistrat zu erwirken.⁵⁵

Nachdem das Parlament seine Unabhängigkeit von der Exekutive wiedererlangt hatte, kamen die meisten Analytiker dennoch zu dem Ergebnis, dass es größtenteils seinen Erwartungen nicht gerecht worden war. Es vernachlässigte seine legislativen Pflichten und schenkte stattdessen der finanziellen Entschädigung seiner Mitglieder mehr Beachtung. Die Regierung musste sich weiterhin schwerwiegenden Korruptionsvorwürfen stellen, die den engsten Mitarbeiterstab des Präsidenten einschlossen. 2006 gestand die Regierung ihre eigene Unfähigkeit im Kampf gegen die Korruption ein.

Die neue Koalition von Mwai Kibaki sah sich in der Führung der widerspenstigen Koalition, die sie an die Macht gebracht hat, vor schwerwiegende Herausforderungen gestellt. Sie war noch kein Jahr an der Macht, als ernste Unstimmigkeiten unter den Seniorpolitikern der Koalition aufkamen, als Präsident Kibaki angeklagt wurde, sich selbst mit ein paar vermögenden ethnischen Verbündeten zu umgeben, um seine anderen Koalitionspartner auszugrenzen. Die Entscheidung im Juni 2004 von Präsident Kibaki, Oppositionsmitglieder in sein neues Kabinett der „nationalen Einheit“ zu berufen, höhnte zunehmend den Grundsatz der Mehrparteiendemokratie aus. Die hieraus resultierende Unzufriedenheit wirkte sich negativ auf den Prozess der Verfassungsreform aus und trug zur Ablehnung des Referendums über den regierungsnahen Entwurf der Verfassung im November 2005 bei.

Der Zusammenbruch der NARC-Koalition verzögerte effektiv die Reformen, die die Kibaki-Regierung mit der politischen Führung in Angriff genommen hatte, die mehr auf ihr eigenes politisches Überleben als auf irgendetwas anderes konzentriert war. Exekutive Kontrolle und Manipulation der Wahlprozedur, die gang und gäbe waren zu Zeiten des ehemaligen Präsidenten Daniel Arap Moi, wurden, als das Land sich auf die Wahlen im Jahre 2007 vorbereitete, offenkundig. Darüber hinaus verzögerte

⁵² *The Standard*, 3. März 2006.

⁵³ BBC News, 2. Oktober 2003.

⁵⁴ *Daily Nation*, 11. Juli 2003.

⁵⁵ *Daily Nation*, 20. April 2007. S. auch US State Department, *Kenya: Country Reports on Human Rights Practices – 2007*, 11. März 2008.

sich die Verfassungsreform nach dem Referendum im Jahre 2005, da der von der Regierung vorgelegte Entwurf abgelehnt wurde. Diesen Umständen fielen die Wahlreformen ebenfalls Opfer. Die Verfassung von Kenia verleiht dem Präsidenten die Macht, die Mitglieder der Wahlkommission zu bestimmen.

Im Jahr 2007 kündigte Präsident Kibaki das Abkommen auf, das im Zwischenparteidialog 1997 erreicht worden war, um die Opposition in den Nominierungsprozess der Wahlkommissionsmitglieder mit einzubeziehen, indem er im Januar 2007 die Stellen der Kommission mit politisch nahe stehenden Verbündeten besetzte.⁵⁶ Folglich wurden die Wahlen im Dezember 2007 in einer Atmosphäre des Misstrauens abgehalten. Die Opposition, Orange Democratic Movement (ODM), warnte bereits im Vorfeld, dass das Verfahren zugunsten der herrschenden Partei – Party of National Unity, PNU – des Präsidenten Mwai manipuliert worden sei. Auf jeden Fall wurde die Überwachung der Wahlen sowohl von den inländischen als auch von den ausländischen Beobachtern als Teil des Wahlprozesses in Kenia seit 1992 akzeptiert.

Im Dezember 2007 wurden allgemeine Wahlen im Bewusstsein der unbestimmten und umstrittenen Wahlgesetze abgehalten. Am 30. Dezember 2007 erklärte die Wahlkommission unter Protesten der ODM gegen aufgetretene Unregelmäßigkeiten, dass Präsident Mwai Kibaki mit knapper Mehrheit die Wahlen gewonnen habe. Alle Beobachter schlossen daraus, dass die Wahlen schwerwiegende Mängel aufwiesen.⁵⁷ Dies löste eine beispiellose Welle an Gewalttätigkeiten in Kenia aus, die den Tod von 1.200 Menschen forderte und über 300.000 zur Flucht zwang. Ein Abkommen, das von dem ehemaligen Generalsekretär der Vereinten Nationen, Kofi Annan, vermittelt wurde, führte zur Bildung einer Großen Koalitionsregierung mit Mwai Kibaki als Präsidenten und dem ODM-Vorsitzenden Raila Odinga als Premierminister. Das kenianische Parlament erließ am 18. März 2008 das Abkommen, das den Weg für die Koalition bereitete. Die

Schaffung einer Verfassungsbehörde des Premierministers führte zu einer Einschränkung der Macht des Präsidenten. Durch die Verfassung wurden die neuen Amtsinhaber mit einer exekutiven Autorität versehen, die ihnen gestattete, nicht nur das Kabinett, sondern auch die Angelegenheiten der Regierung zu überwachen und zu koordinieren.

SCHLUSSFOLGERUNG

Welches sind die Schlussfolgerungen, die aus den Ausführungen unter A. bis D. für die Frage gezogen werden können, ob in der Arbeit nationaler und internationaler Einrichtungen der Entwicklungskooperation Rechtsstaatsprogrammen der Vorzug vor der Förderung demokratischer Reformen gegeben werden sollte?

Wie die Analysen dieses Berichts gezeigt haben, gibt es eine enge Verknüpfung zwischen der Frage der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie in der politischen Geschichte Kenias. Die Aushöhlung der demokratischen Prinzipien geht Hand in Hand mit der Aushöhlung der Rechtsstaatlichkeit. Aus diesen Analysen können folgende Schlussfolgerungen gezogen werden. Erstens ist es wichtig, dass die Reformen der Rechtsstaatlichkeit durch das Volk legitimiert und von ihm mitgetragen werden. Ein bedeutender Aspekt der Verfassungskrise Kenias und der Regierungsinstitutionen ist die Tatsache, dass sie zu einem großen Teil zum „Entkolonialisierungspaket“ gehörten, das weniger darauf abzielte, der inländischen Legitimität und des Volkseigentumsrechts zu entsprechen. Zweitens weist die einschränkende Interpretation der Grundrechte und Freiheiten von der Justiz auf den Bedarf an pragmatischer Anerkennung der Grenzen der rechtlichen und gerichtlichen Optionen bei der Verbesserung der Menschenrechte und Demokratie in vorliegendem Kontext hin. Die Justiz hat eine Stärkung der Menschenrechte in Kenia in den 1980er und 1990er Jahre eher unterbunden, der Schauplatz für Reformen war die vordemokratische Bewegung, die im Wesentlichen politisch war.

Drittens sind private Ämter genauso wichtig wie Institutionen, um die Rechtsstaatlichkeit und Demokratie voranzubringen. In

⁵⁶ *The Standard*, 9. Januar 2007.

⁵⁷ Die Wahlen von 1992, 1997, 2002 und 2007 wurden von Tausenden von Beobachtern auf allen Ebenen überwacht.

Kenia tragen private Richter, die sich gegen den Angriff der Exekutive auf die Rechte und Unabhängigkeit der Gerichte stellen, sehr zur Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit und Stärkung der Demokratisierungsprozesse bei. Diese Feststellung impliziert Herausforderungen an die meisten Programme, deren Schwerpunkt auf normalen institutionellen Reformen liegt. Viertens ist es notwendig anzuerkennen, dass die Förderung der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie von Denkansätzen, die sowohl nationale als auch internationale Bereiche beachten, profitiert. In Kenia werden die inländischen Reformbewegungen vom internationalen Druck auf die kenianische Regierung, die notwendigen Reformen vorzunehmen, flankiert. Fünftens bedeutet Demokratie mehr als nur den Transfer der politischen Macht von einer Partei zu einer anderen nach den Wahlen. Die Sicherung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie erfordert einen fundamentalen Wandel der Institutionen, Normen, Werte und Politik. Diese Schlussfolgerung stellt bedeutende Forderungen an die Programme der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, da sie bei diesen Projekten trotz aller Schwierigkeit berücksichtigt werden müssen.

Sechstens: Reformprojekte der Rechtsstaatlichkeit, die den Kontext der in Kenia weit verbreiteten Armut nicht berücksichtigen, werden den an sie gestellten Anforderungen nicht gerecht werden können. Zum Beispiel wurden Reformen in die Wege geleitet, um den Zugang zum Obersten Gerichtshof in Fällen von Menschenrechtsverletzungen in Kenia zu ermöglichen, die davon ausgehen, dass die beeinträchtigten Personen Zugang zu Rechtsberatung haben. Eine formal-rechtliche Verbesserung für einen nur kleinen Teil der Bevölkerung untergräbt die Konzepte der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie. Siebtens sollten bei den Bestrebungen nach mehr Rechtsstaatlichkeit und Demokratie Förderprogramme von Zivilgesellschaftsorganisationen stärker einbezogen werden. In Kenia waren es die Zivilgesellschaftsgruppen, die in den 90er Jahren die Reformagenda eingeführt haben.

Herausgestellt werden soll letztendlich in diesem Kapitel, dass es Rechtsstaatlichkeitsprogrammen, die sich außerhalb des

Kontextes von demokratischen Reformen befanden, nicht gut ergangen ist. Schließlich funktioniert Recht stets nur innerhalb eines politischen Kontextes, der der Rechtsprechung Macht zuteilen oder absprechen kann und somit mitverantwortlich für den Erfolg oder Misserfolg von solchen Bestrebungen ist. Reformen wie die „radikale Chirurgie“ der Rechtsprechung, die 2003 von der NARC-Regierung initiiert wurde, haben dann eine Tendenz zum Scheitern, wenn sie nicht von demokratischen Reformen begleitet werden. Dort wo demokratische Legitimität der Regierungshandlungen umstritten ist, kann Rechtsstaatlichkeit leicht als bloßes Instrument zur Aufrechterhaltung von undemokratischen Kontrollen betrachtet werden.

Desgleichen droht demokratischen Reformen, die nicht durch Gesetze geschützt und nach vom Prinzip der Rechtsstaatlichkeit flankiert werden, das Risiko, für politische Zwecke missbraucht zu werden. Die Erfahrung Kenias hat uns gelehrt, dass die Rechtsstaatlichkeit unsicher ist, solange es keine demokratischen Institutionen gibt, die sie gegen die Launen der Mächtigen stützt. Auf der anderen Seite muss Demokratie von der Rechtsstaatlichkeit diszipliniert werden, um Gewaltherrschaft zu vermeiden und im Namen des Volkes zu sprechen. Vielleicht müssen diejenigen, die an Politik interessiert sind, eher nach Wechselwirkungen suchen als nach Prioritäten bei den Reformprozessen auf dem Weg zu mehr Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Dieser Ansatz verspricht einen höheren Lohn, sowohl auf nationalen als auch internationalen Ebenen, für diejenigen, die an unterstützenden Reformen interessiert sind.

NAMIBIA

Prof. Joe Diescho, Ph.D.

1 EINFÜHRUNG

Demokratie ist in jeder Hinsicht ein nicht-traditionelles System eines Verhältnisses zwischen dem Herrscher und dem Beherrschten: es ist ein System, das das Verhältnis regelt zwischen denen, die gewählt sind, die vereinbarten Gesetze auszuführen, und den Bürgern, die sie gewählt haben. Das System der Demokratie unterscheidet sich in vielen Dingen von allen Formen des Gewohnheitsrechts, durch das vordemokratische Gesellschaften den Dekreten oder Befehlen und willkürlichen Verkündigungen des Herrschers unterworfen waren. Der Untertan hatte gehorsam zu sein und es gab für ihn hierzu keine Alternative, selbst wenn er den Befehl nicht nachvollziehen und er ihm eigentlich nicht zustimmen konnte. Der Herrscher seinerseits genoss zu jeder Zeit und an jedem Ort uneingeschränkte Macht und Autorität, die er seinem bloßen Einfluss verdankte.

Die Rechtsstaatlichkeit in ihrer Grundform¹ ist der Gedanke, dass in einem Staat niemand über dem Gesetz steht, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind und dass jeder Mensch als unschuldig gilt, solange seine Schuld nicht in einem öffentlichen Verfahren vor einem staatlichen Gericht nachgewiesen ist. Dies basiert auf der allgemeinen Akzeptanz der absoluten Vorherrschaft des ordentlichen Gesetzes im Gegensatz einer bloß willkürlichen Macht, der Akzeptanz der Gleichheit vor dem Gesetz oder der gleichen Unterordnung aller Klassen unter das Gesetz des

Landes, verwaltet von den ordentlichen Gerichten, und das Verfassungsgesetz leitet sich ab aus den Menschenrechten, wie sie von den Gerichten bestimmt und vollstreckt werden.

Frühere Theoretiker der Rechtsstaatlichkeit² haben im Zusammenhang der englischen Verfassungsgeschichte dargelegt, dass Rechtsstaatlichkeit das Fehlen willkürlicher Macht bedeutet und das Vorhandensein einer freien Ausübung von persönlicher Freiheit und die Gleichheit aller vor neutralen und unabhängigen Gerichtshöfen. Daher betonen und stellen alle klassischen Menschenrechtsdokumente, Magna Charta (1215), Petition of Rights (1628), Agreement of the People (1677), Habeas Corpus (1679), Bill of Rights (1688), Declaration of Rights (1689), Act of Settlement (1702) und „Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ (1948) die Notwendigkeit akzeptierter Normen heraus, um die Macht der Herrscher einzuschränken und die Bürger vor Willkür zu schützen. Die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit sollte vor dem Hintergrund der europäischen Nationen verstanden werden, die ihre eigenen Erfahrungen mit der uneingeschränkten Macht der *Anciens Régimes* gemacht haben, wobei im Verlaufe der Geschichte die Bevölkerung in den betreffenden Staaten zunehmend mehr Kontroll- und Einflussmöglichkeiten verlangte.

Afrika nahm an diesem staatlich-gesellschaftlichen Prozess in Europa und Nordamerika nicht teil. Afrikas Bürde war der Kolonialismus mit seiner ungerechtfertigten Misshandlung der einheimischen Be-

¹ Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, zitiert in: J.P. Verloren Van Themaat und M. Wiechers, *Staatsreg*, Durban, Butterworth, 1967, 119-150.

² Dicey, ebd.

völkerung, wobei die europäischen Potentaten Afrikaner nicht als Menschen behandelten und sie lediglich als billige Arbeitskräfte benutzten, um die afrikanischen Rohstoffquellen ausbeuten zu können – zur Freude und zum Glück der Verbraucher in den europäischen Märkten.

Der Artikel befasst sich mit der Erkenntnis, dass sich Namibia wie jede afrikanische Nation am Scheideweg befindet, was das Verständnis von Rechtsstaatlichkeit betrifft und die Frage, ob und wie weit diese im Staatswesen eine Existenzberechtigung hat. Die hier entwickelte Sichtweise ist auf keinen Fall afrikapessimistisch, sondern realistisch, indem sie den Stand der Dinge in dieser Frage zum Ausdruck bringt. Einerseits lebt die Mehrheit der Bevölkerung in einer langen Tradition, die das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit gar nicht kennt. Andererseits gibt es die Akzeptanz, dass Namibia Teil eines globalen Dorfes ist, in dem die Rechtsstaatlichkeit der beste Garant ist für das, wozu sich Namibia selbst verpflichtet hat, als es seine Verfassung als oberstes Gesetz des Landes entwarf. Das Resultat davon ist eine inhärente Ungleichheit, wenn nicht sogar Unvereinbarkeit zwischen dem afrikanischen traditionellen Regierungssystem und dem westlichen Modell, das von der Verfassung verfochten wird.

In den traditionellen Gesellschaftsstrukturen Namibias, wie eigentlich überall im präkolonialen Subsahara-Afrika, wurden die Menschen als privates Lehensgut der traditionellen Herrscher betrachtet, sie wurden angesehen als Untergebene, nicht als Bürger, die unter der mythischen Macht des Königs (oder in einigen Fällen der Königin) lebten. Der König selber wurde geleitet von ungeschriebenen Gesetzen der Sitten, Traditionen und Praktiken, die über Generationen mittels geheimer und halbgeheimer Methoden durch eine königliche, patriarchalische oder matriarchalische Linie überliefert wurden. Wenn der König oder die Königin einmal herrschte, war die willkürliche Ausübung seiner Macht Teil der gesamten Ordnung, da es keine formalen oder kodifizierten Vereinbarungen gab, auf die sich gewöhnliche Untergebene zur Verteidigung ihrer Rechte hätten berufen können.

Der Eifer, mit dem koloniale Verwaltungen vorgingen, um einheimische Gemeinschaften zu zerstören, zu teilen – mit dem Ziel der absoluten Kontrolle –, und sie willkürlich zu vereinigen mit dem Ziel einer ungestörten Verwaltung, brachte den Status quo und die existierenden Kommunikationsmuster sowie die bis dato herrschende Ordnung in der Balance des idyllischen afrikanischen Lebens durcheinander. Identitäten wurden zerrüttet oder gebrochen, Geschichte wurde entstellt und Kommunikationsmuster, die den Gemeinschaften halfen, sich gegenseitig zu verständigen und friedlich miteinander zu leben, wurden zerstört. Hieraus ergaben sich Ungerechtigkeiten, oder zumindest wurde dies so empfunden.³

Der Kampf gegen die fremde Besatzung und für politische Unabhängigkeit wurde geführt, um die undemokratischen Verwaltungen zu beenden, die zu ihrer Stabilisierung das Menschenrecht auf Gleichheit und Freiheit aller missachteten. Der Ruf nach Demokratie war ein Mittel, mit dem koloniale Bestimmungen bekämpft werden konnten, und hatte weniger mit der Akzeptanz von Freiheit für alle auf der Basis der Rechtsstaatlichkeit zu tun. Nach der Unabhängigkeit änderte sich die Situation nicht sehr, denn die neuen Herrscher führen weiterhin fort, die Grundrechte ihrer Bürger zu missachten. 18 Jahre nach der Unabhängigkeit bestehen die Strukturen immer noch fort, die auf Verteilungsmustern beruhen, die daraus resultieren, welche Rolle die Menschen während des Kampfes um die nationale Unabhängigkeit spielten. Die Führungspartei SWAPO stellt weiterhin die Rechte der Bürger in Frage, falls sie nicht blinde Loyalität gegenüber der Führungspartei als der Überbringerin von Freiheit und Demokratie bekunden.⁴

³ M. Fortes und E.E. Evans-Pritchard (Hrsg.), *African Political Systems*, Oxford University Press, 1940.

⁴ Es wurde von zahlreichen Vorfällen berichtet, in denen nationale Führer der Regierungspartei, einschließlich des Staatsoberhauptes, Menschen dazu aufstachelten, den Mitgliedern der Oppositionsparteien persönlich oder beruflich Schaden zuzufügen, weil sie Feinde oder Verräter seien. Präsident Prohamba bezeichnete Führer der Kundgebung für Demokratie und Entwicklung als „Judas Ischariot von Namibia“. S. *The Namibian*, 25. Februar 2008.

In diesem Sinne bleibt die Rechtsstaatlichkeit in Namibia ein Ideal, dessen Grundsteine allerdings in der Verfassung festgelegt worden sind. Notwendig ist nun eine politische Elite und Führung, die für die Werte in der Verfassung vehement eintritt und den Prozess initiiert, mit dem alle Staatsbürger die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit verinnerlichen können: dass alle Bürger vor dem Gesetz gleich sind, dass sie dieselben Rechte und Pflichten haben, durch die sie am Staatsleben, wo auch immer sie sich befinden, teilnehmen können. Ein Land auf die Füße der Rechtsstaatlichkeit zu stellen, geschieht nicht über Nacht, es braucht Generationen, um dies zu vollbringen. Der Kampf für die wirkliche Freiheit, Würde, Gerechtigkeit und Gleichheit muss fortgeführt werden, wenn Namibia seine Versprechungen über Gerechtigkeit und Gleichheit halten will. Dies kann nur geschehen, wenn alle Bürger, unabhängig von ihrer Beteiligung oder Nichtbeteiligung am Freiheitskampf, als gleichwertig in den Augen des Gesetzes angesehen und anerkannt werden und wenn das Gesetz allen dient, wenn es vor Eigenmächtigkeit, Willkür und Machtmissbrauch von Seiten derjenigen schützt, die Nutzen davon tragen, und es dem Ausmaß der Machtausübung Grenzen setzt, so dass Macht bei keiner Person oder Institution verabsolutiert werden kann.

Dieser Bericht möchte offen eingestehen, dass Namibia einen langen Weg zu gehen hat, bevor von einer Rechtsstaatlichkeit in dem Land die Rede sein kann, und dafür gibt es drei Hauptursachen: (a) die afrikanischen traditionellen Strukturen maßgeblicher Regierungssysteme im Land vor der Kolonialisierung und Unabhängigkeit stellen keine soliden Fundamente für die erwähnte Form der Gerechtigkeit und Gleichheit dar; (b) die Erfahrungen des Kolonialismus und der Apartheid hinterließen deformierte Persönlichkeiten, die zu geprägt sind, um ohne weiteres demokratiefähig zu sein, denn sie haben von ihren repressiven Herren gelernt, wie man andere unterdrückt, statt Hüter der Freiheit zu sein; und (c) die lange Zeit der Kämpfe führte dazu, dass weder die Bürger im Allgemeinen noch die politische Elite im Speziellen vorbereitet sind auf eine Kultur von wahrer Freiheit für alle.

2 DAS KONZEPT DER RECHTSSTAATLICHKEIT IM TRADITIONELLEN NAMIBIA

Es gibt kaum Debatten über die Rechtsstaatlichkeit in den Studien der afrikanischen Politik vor und nach der Erlangung der politischen Unabhängigkeit. In den meisten maßgeblichen Abhandlungen über traditionelle und politische Systeme Afrikas wird die Rechtsstaatlichkeit kaum erwähnt.⁵ Dies ist ein Indiz dafür, dass die Rechtsstaatlichkeit als solche niemals eine größere Bedeutung bei den Konzepten für mehr Demokratie in Afrika hatte: daher heute die vielen Probleme, die einhergehen mit der mangelnden Bereitschaft der afrikanischen Führer, die Rechtsstaatlichkeit zu akzeptieren, auch wenn sie über die Grundsätze der Demokratie gut unterrichtet und informiert sind. Sowohl Nationalisten als auch Freiheitsführer in Afrika haben die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit nicht verinnerlicht.

Es scheint, dass die afrikanischen Führer, sind sie einmal an der Macht, die traditionellen afrikanischen Methoden der Politikausübung annahmen und annehmen. Afrikanisten⁶ kommen einstimmig in ihren Untersuchungen afrikanischer Tradition zu dem Schluss, dass Regeln aus den umfassenden Vereinbarungen zwischen erwachsenen Männern und dem Herrscher zu entspringen haben, was Brauch war und aus Tradition akzeptiert wurde:

Alle Menschen sind berechtigt, ihre Meinung zu Angelegenheiten zu äußern, und sie tun dies über die Oberhäupter ihrer Sippschaften und dann über ihre unmittelbaren politischen Vertreter.⁷

Die vorherrschenden Regeln in den afrikanischen Gemeinschaften waren unvorhersehbar und hingen oft von der Laune des

⁵ A. R. Radcliffe-Brown nimmt in dem bahnbrechenden Buch von Fortes und Evans-Pritchard knapp Bezug auf die Rechtsstaatlichkeit, als er den Mechanismus der afrikanischen Gemeinschaften erläutert, mit dem die Gemeindegessinnungen genutzt wurden, um diejenigen zu strafen, die angeblich das Gemeinwohl bedrohten. Fortes und Evans-Pritchard, op.cit. xviii.

⁶ siehe Cheik Anta Diop, *The African Origin of Civilization: Myth or Reality*, Westport, Lawrence Hill and Co., 1974; Credo Mutwa, *Indaba my Children*, Johannesburg, Blue Crane Books, 1964.

⁷ Fortes und Evans, op.cit., 29

jeweiligen Machthabers ab. Untergebene, die von dem Herrscher als Sklaven betrachtet wurden, waren der Gunst oder Missgunst ihres Herrschers – der als „Besitzer“ dieser Menschen, der in dieser Hinsicht und Funktion über dem Gesetz stand – ausgeliefert und konnten nur versuchen, ihn für sich einzunehmen. Er war der Kläger, der Anklagevertreter, der Richter und der höchste Priester – gestützt von einer persönlich zusammengestellten Jury von Beratern, die von seiner Gnade abhingen und zu seiner Verfügung standen. Die Berater waren dem König und nicht dem Volk rechenschaftspflichtig. Gelegentlich überbrachten sie dem König Fürbitten. Es wird manchmal als vorbildlich bezeichnet, dass die afrikanische Demokratie die Form der Fürbitten und des praktizierten Dialogs besaß, wenn der König derartiges akzeptierte – dies geschah jedoch ohne direkte und klare Verbindlichkeit.

Im präkolonialen Namibia lebten die Gemeinschaften nebeneinander als unabhängige und selbstständige Entitäten. Der Begriff einer Nation, die sich desselben Gesetzes- und Regelwerks bedient – fair, vorhersehbar und rechtmäßig –, existierte nicht oder gehörte zumindest nicht zu den Vorstellungen der Menschen von Frieden und Stabilität im Gemeinwesen. In der Tat handelte jede Gemeinschaft, Stammesgemeinschaft oder später ethnische Gemeinschaft, als eine unabhängige Einheit mit einem souveränen System von Machtbeziehungen. Der Herrscher einer solchen Einheit wurde als der Vater aller, von Jungen und Alten, Männern wie Frauen, Reichen und Armen, angesehen. Der Herrscher wurde wahrgenommen als der Förderer von Frieden und Sicherheit für alle Untergebenen, als letztendlicher Schiedsrichter in allen Fällen. Es gab keine größere Autorität als den Herrscher.

Im unabhängigen Namibia bleibt die Rechtsstaatlichkeit weiterhin ein Ideal, das es anzustreben lohnt. Die Haupthindernisse dabei sind diejenigen, die das Land befreit haben und sich selber als besondere Bürger wahrnehmen, denen jeder sich erkenntlich zeigen muss. Was sie für wahr halten, muss auch so akzeptiert werden. Sie in Frage zu stellen, bedeutet unpatriotisch zu sein.

Es kann keinen Zweifel geben, dass es nicht so sehr der Wunsch nach Rechtsstaatlichkeit war, der die Namibier in ihrem Kampf leitete, als vielmehr die Weigerung, sich von einer fremden Macht unterdrücken zu lassen. Gewissermaßen war alles, was dem Kampf gegen die Unterdrückung zugrunde lag, ein existenzieller Ausdruck von Wut. Der erste Aufruf zur Einheit im Kampf stammte von den ersten Führern, die gegen die deutsche Besatzung und die unmenschliche Behandlung der Eingeborenen in Südnamibia Widerstand geleistet haben. Somit schrieb Samuel KaMaharero, das höchste Oberhaupt der Ovaherero, einen Brief an Hendrik Witbooi, Oberhaupt der Nama, in dem er darauf drängte, alle bestehenden Differenzen zu vergessen und sich gegen die Fremdbestimmung zu vereinen und lieber gemeinsam *„die fighting“*!⁸

3 DIE RECHTSSTAATLICHKEIT WÄHREND DES FREIHEITSKAMPFES

Der Vorstoß der Schriften über Menschenrechte bezieht sich auf den Kampf für Freiheit und politische Unabhängigkeit, mit Afrika auf der Empfangsseite der Menschenrechtsverstöße. Es gibt extrem viele Schriften, die das Aufkommen persönlicher und/oder tyrannischer Regeln im postunabhängigen Afrika behandeln, aber trotzdem gibt es immer noch nur sehr wenige über die Rechtsstaatlichkeit als ein fundamentales Anliegen einer demokratischen Regierung und einer nachhaltigen sozioökonomischen Entwicklung.

Die Afrikaner sind sehr gut im Kampf gegen Repression und Missbrauch, aber nicht so gut, wenn es um die Erkenntnis geht, dass sie im Grunde dieselben Verbrechen selber begehen, gegen die sie gekämpft haben und wegen der sie die Kolonialherren anklagten, deren Rolle sie jetzt selbst einnehmen. Es kann an dieser Stelle behauptet werden, dass die Einheit der Afrikaner im Kampf gegen die Fremdherrschaft sich nicht wiederherstellen lässt, wenn es um die Akzeptanz von Rechtsstaatlichkeit als eines selbstverständlichen Fundaments geht, um die

⁸ Horst Drechsler *Let us Die Fighting, The Struggle of the Herero and Nama against German Imperialism (1884-1915)*, London, Zed Press, 1980.

Gleichheit aller Bürger zu gewährleisten. In Namibia resultierte die Einheit, die von den zwei Hauptstämmen, den Namas und Hereros, herbeigeführt wurde, um den kolonialen deutschen Angriffen die Stirn zu bieten, aus der Erkenntnis, dass Einheit die Aussicht auf einen erfolgreichen Widerstandskampf erhöht. Es gibt kaum Anzeichen dafür, dass die Idee von Einheit als solche sich darüber hinausgehend in den Köpfen der Menschen manifestiert hat und zu einer Grundnorm in einem „freien und unabhängigen“ Namibia wurde. Man kann behaupten, dass der Wunsch nach einer Einheit für einen wirksameren Kampf nichts mit einem Kampf für wirkliche Freiheit, Gleichheit und Gleichberechtigung im Sinne der Rechtsstaatlichkeit zu tun hatte.

Das Konzept der Demokratie während des Freiheitskampfes war auf den Wunsch beschränkt, die rassistische und kolonialistische Repression zu stoppen und die Macht zu übernehmen. Demokratie in den Köpfen der Freiheitsführer hieß, wie der erste Präsident von Ghana, Kwame Nkrumah, es auf den Punkt gebracht hat: *Suche erst das politische Königreich und alles wird dir zufallen.*⁹

Eine der tragischsten Realitäten von Namibia und wohl in der Post-Unabhängigkeit von ganz Afrika ist die Tatsache, dass das Streben nach politischer Unabhängigkeit von den politischen Führern als Selbstzweck verstanden wird und in dem Moment endet, wenn sie selber am Ziel sind, anstatt danach auch weiterhin für die Förderung der wahren Freiheit für alle Menschen einzutreten. Ohne jegliche Ausnahme lässt sich sagen, dass alle Freiheitskämpfer, die Namibier eingeschlossen, nicht über ihren eigenen Erfolg bei der Befreiung des Landes hinaus sich an ihren eigenen zuvor gemachten Aussagen würden messen lassen können. Sie gehen sogar so weit, Unwahrheiten darüber zu verbreiten, wie die Unabhängigkeit erreicht wurde, indem sie behaupten, dass sie die Apartheid und den Kolonialismus niedergeschlagen hätten; dabei war das letzte Kapitel des Kampfes ein Kompromiss, in dem die Kolonialisten die

Protagonisten waren, die den Wechsel akzeptierten, und es wird vergessen, dass dies alles unter der Aufsicht der Unterstützungseinheit der Vereinten Nationen für die Übergangszeit (United Nations Transition Assistance Group – UNTAG) stattfand, die die Rückkehr der Führer aus dem Exil überwachte. Die Südwesafrikanische Volksorganisation (SWAPO) als größte Befreiungspartei gewann keine wirkliche Auseinandersetzung, weder marschierte sie mit Panzern in Windhoek ein noch ergriff sie die Macht aus den Händen der besiegten Kolonialisten. Namibias Unabhängigkeit verdankt sich einem zwischen allen relevanten politischen Akteuren ausgehandelten Abkommen, Südafrika eingeschlossen.

In dieser Kultur der Selbstbeweihräucherung und des Triumphs ist die Sprache der Justiz auf reaktionäre Politik reduziert. Bisweilen werden sogar diejenigen, die wirkliche Gerechtigkeit für die Menschen (die von den anderen zurückgelassen wurden im Eifer, ein politisches Amt zu erlangen, um für sich selber mehr Macht und materiellen Wohlstand anzuhäufen) anstreben, des Versuchs beschuldigt, den Kolonialismus wieder zurückzubringen. Afrikanische Führer realisieren niemals ganz, dass wirkliche Freiheit nicht die Abwesenheit der fremden Repression bedeutet, sondern die Präsenz des Ziels, Gleichheit für alle, mit berechenbaren und gerechten Gesetzen, zu erstreben. In diesem Milieu leidet die soziale Gerechtigkeit unter dem Gerüst der politischen Korrektheit und Eigeninteressen, und die Rechtsstaatlichkeit wird zu einem der Opfer, denn die Rhetorik besteht weiterhin darauf, dass die Menschenrechtskultur und die Begleiterscheinung der Rechtsstaatlichkeit koloniale Importe sind.

4 DIE RECHTSSTAATLICHKEIT WÄHREND DER ENTSTEHUNG DER NAMIBISCHEN VERFASSUNG

Die Welt war Ende des Jahres 1989 zu sehr mit ihrer eigenen Umgestaltung beschäftigt, in der Phase, als der Übergang Namibias vom Kolonialismus zur Eigenständigkeit von den zuvor erwähnten Protagonisten ausgehandelt wurde, die die Zukunft des Landes sehr unterschiedlich sahen. Am Ende des Jahres betrauerte

⁹ Kwame Nkrumah's political slogan promoting immediate self-government for Africa, zitiert von Thomas Patrick Melady, *Profiles of African Leaders*, New York, Macmillan, 1961, 133.

und/oder feierte und/oder kommentierte die Welt den Fall der Berliner Mauer, des größten Symbols der vierzigjährigen Trennung zwischen der westlichen kapitalistischen Ideologie einerseits und dem östlichen sozialistischen oder kommunistischen System andererseits. Das Ende des Eisernen Vorhangs kam unerwartet und revidierte grundlegend den Verlauf der europäischen Geschichte, so wie sie für den größten Teil des Jahrhunderts bekannt war, eine Geschichte, die in ihren verzweifelten Kämpfen um die Kontrolle der menschlichen Rasse und um die Ressourcen der Erde auf andere Teile der Welt, wie Afrika, überschwappte, wo das ursprüngliche Streben nach Freiheit und Eigenständigkeit sich als in die Welt tragender Kampf um Macht und Einfluss demaskierte.

Die Atmosphäre und Stimmungslage, in der die Verfassung der Republik geschrieben wurde, beschrieb der wichtigste Akteur der Verfassungsgebenden Versammlung, der Präsident der SWAPO, Sam Nujoma:

*Namibia ist ein großes Land mit einer kleinen Bevölkerung. Deshalb haben alle Namibier, unabhängig von Farbe, Glaube oder Herkunft Platz in unserem wunderschönen Land. Es liegt an uns, uns gegenseitig die Hände zu reichen und eine neue Nation aus der Vielfalt zu formen ...*¹⁰

Der neu gewählte Vorsitzende der Verfassungsgebenden Versammlung, Hage Geingob, fasste zusammen, worin die zentrale Aufgabe der Abgeordneten bestand: in der Aussöhnung und der Pflicht, Erfolg zu haben bei der Bildung einer Nation. Er sagte Folgendes in seiner Eröffnungsrede:

Die Menschen von Namibia ... haben uns ein Mandat erteilt, eine Verfassung auszuarbeiten und zu verabschieden im Geiste eines Kompromisses, einem Geist von Geben und Nehmen, die unser Land und unser Volk zu einer nationalen Einheit führt. Dies ist ein Vertrauen, das wir nicht verraten dürfen ... Es wird sicher Meinungsverschiedenheiten in vielen Themen geben, aber durch Debatten und Beratungen wer-

¹⁰ Hage G. Geingob, *Drafting of Namibia's Constitution*, Windhoek, Trustco, 2005, 12.

*den wir fähig sein, Lösungen zu finden und weiterzuschreiten. Als Vorsitzender will ich mein Bestes tun, so unparteiisch zu sein wie es Menschen nur möglich ist. Ich werde mich nach allen Kräften bemühen, gegenüber allen Parteien zuvorkommend zu sein und erwarte, dass derselbe Geist in diesem Haus vorherrschen wird ...*¹¹

Zur Zeit der Erstellung der Verfassung und des Übergangs zur Unabhängigkeit waren die Politiker damit beschäftigt, das Richtige in den Augen der internationalen Gemeinschaft zu tun, die in Namibia in Form der UNTAG allgegenwärtig war. Dank der Tatsache, dass es zu der Zeit weder einen Sieger noch einen Besiegten gab, war es den beteiligten Parteien daran gelegen, wirklich Geschichte zu schreiben. Geringere Bedeutung maßen sie den Werten zu, die sie in der Vergangenheit vertreten hatten und dachten kaum an die Zukunft. Dies war an und für sich eine gute Sache.

In der Verfassungskonvention in Philadelphia waren die amerikanischen Gründungsväter mit dem Konzept eines zukünftigen Zeitalters beschäftigt, indem sie eine Regierungsform, unerprobt in der ganzen Welt, einsetzten mit dem Ziel, ein einheitliches Staatsgebilde zu formen, das in drei Gewalten aufgeteilt ist, mit einer Macht, die vom Volk ausgeht.¹²

Man kann jedoch sagen, dass die Autoren der namibischen Verfassung sich eher Gedanken darüber machten, inwieweit sie sich gegenseitig und der Welt, die sie beobachtete, würdig erweisen würden, anstatt darüber, eine neue Gesellschaft für die kommenden Generationen zu bilden. Der Entstehungsprozess der Verfassung war im Großen und Ganzen eine internationale Leistung, wodurch letztendlich Menschen, die andernfalls nicht so demokratisch gewesen wären, gezwungen waren, das Richtige zu tun.

Der Hintergrund der namibischen Verfassung, der Beschluss 435 des Sicherheits-

¹¹ ebd.

¹² Alice J. Hall, 'James Madison: Architect of the Constitution', *National Geographic*, Vol. 172, No. 3, September 1987, 340-373; Catherine Drinker Bowen, *Miracle at Philadelphia, The Story of the Constitutional Convention: May 10, 1787*, Boston, Little, Brown and Co., 1966.

rates der Vereinten Nationen vom 29. September 1978 und bezeichnenderweise die Grundsätze der Vereinten Nationen hinsichtlich der Verfassungsgebenden Versammlung und der Verfassung von Namibia,¹³ wurden schon zu Beginn der Tätigkeit der Verfassungsgebenden Versammlung von allen teilnehmenden Parteien akzeptiert. Nujomas beschreibt anschaulich den Pragmatismus, der zu der Zeit vorherrschte: „...wir stimmten widerspruchslos zu, dass Namibia eine Mehrparteiendemokratie sein würde mit einem unabhängigen Gericht und einer starken *Bill of Rights* ...“¹⁴. Damit soll nicht die Bedeutung der Verfassungsgrundsätze hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit und der Unabhängigkeit der Gerichte gemindert werden. Dennoch wurde das, was auf dem Papier geschrieben wurde, nicht in die Herzen und in das Verhalten derer eingeschrieben, von denen diese noblen Worte stammen. Das Verhalten der Gründerväter demonstrierte später, dass ihre bindende Verpflichtung darin bestand, den Kolonialismus der Apartheid zu beenden und die Macht zu übernehmen statt sich einer besseren Zukunft zu widmen. Diesem Geist entspringt die Anekdote, dass „*jeder sich selbst als Demokrat während dieser Verhandlungen sehen wollte*“.¹⁵

Die Debatte in Namibia hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit ist, insoweit sie sich auf die Bildung einer verantwortlichen Regierung und den Schutz der Bürger vor Machtmissbrauch bezieht, sehr begrenzt. Aber betont werden muss an dieser Stelle, dass die erste namibische Regierung unter Präsident Sam Nujoma sich um die Förderung von Freiheit und sogar der Unabhängigkeit der Gerichte, wie es in der Verfassung verankert ist, bemühte. Erst in späteren Jahren rückten der Präsident und seine Gefolgschaft von diesen Werten ab, als sie bemerkten, dass ihre Macht der Verfassung untergeordnet war, insbeson-

dere als die Namibier die Länge der Amtszeit des Präsidenten und der Minister in Frage stellten und die Kriterien hinterfragt wurden, nach denen die Mitglieder der Exekutive ernannt wurden. In den letzten Jahren und Monaten ließ sich die Tendenz erkennen, dass Gerichtsbeamte sowie Richter und Mitglieder des Richteramts nicht aufgrund ihrer Qualifikationen und Fähigkeiten ernannt wurden, sondern aufgrund ihrer Loyalität zur Regierungspartei. Daher ist es verständlich, dass die Gerichtsbarkeit bei ihrem Versuch, die Verfassung zu verteidigen, große Schwierigkeiten hatte.

5 DIE EINSTELLUNG ZUR RECHTSSTAATLICHKEIT IM UNABHÄNGIGEN NAMIBIA

„*Cognitum est in cogoescente per modum cognoscentis*“ (Wir interpretieren die Welt auf die Art und Weise, wie wir sie kennen und erfahren), schrieb Thomas von Aquin. Führer, politische Entscheidungsträger und die Elite in einem vorgegebenen sozialen Umfeld denken und verhalten sich so, wie sie die Welt, in der sie leben und auf die sie Einfluss haben möchten, sehen. Die Namibier sind in allen ihren Lebensbereichen Repräsentanten einer Geschichte, die ihnen ihre heutigen Rollen weitgehend vorschreibt. Die Rechtsstaatlichkeit stellt keinen vorherrschenden Gedanken in den Köpfen der meisten politischen Entscheidungsträger des Landes dar. Die Geschichte des Kampfes, zu der die Ängste, die Opfer und der Triumph nach dem Ende des Kolonialismus gehören, legte größtenteils die Art und Weise fest, wie sie Beziehungen formen und sogar beenden. Die Rechtsstaatlichkeit betrifft die Zukunft, und die meisten der heutigen politischen Debatten in Namibia handeln nicht über die Zukunft, sondern über die Vergangenheit. Mitglieder der neuen politischen Elite in Namibia stammen aus Verhältnissen, die entweder die Rechtsstaatlichkeit nicht kennen oder wo sie überhaupt unwirksam ist. Gegen die Repression von außen zu kämpfen ist eine Sache, für bessere Gesetze und ein besseres Miteinander, was im Rechtsstaat und in der Demokratie generell gefordert wird, eine ganz andere.

Geschichte lehrt uns deutlich, dass der Kampf gegen den Kolonialismus nicht un-

¹³ Joseph Diescho, *The Namibian Constitution in Perspective*, Windhoek, GamsbergMacmillan, 1994.

¹⁴ Sam Nujoma: *Where Others Wavered*, London, Panaf, 2001, 424.

¹⁵ Zitiert von Henning Melber, unveröffentlichter Konferenzbericht, 'Liberation Movements as Governments: Southern African Experiences with special reference to SWAPO and post-colonial cultures in Namibia', Symposium über 'Futures for Southern Africa', organisiert von CSIR, ICS und SACBC, Windhoek, September 2003, 12.

mittelbar an den Linien des Nationalismus entlangläuft. Sehr lange Zeit widmete der Einheimische seine Energie darauf, bestimmte eindeutige Misshandlungen zu beenden: Zwangsarbeit, körperliche Züchtigung, ungleiches Einkommen, Begrenzung der politischen Rechte usw. Dieser Kampf für Demokratie gegen die Unterdrückung der Menschheit wird langsam die Unübersichtlichkeit des neoliberalen Universalismus verlassen und zum Vorschein kommt, manchmal mühselig, die Forderung nach nationaler Unabhängigkeit. Der Umstand, dass die gebildeten Klassen hierauf nicht vorbereitet sind, gepaart mit einem Mangel an praktischen Anknüpfungspunkten zwischen ihnen und der Masse der Menschen, ihre Faulheit und, es muss gesagt werden, ihre Feigheit im entscheidenden Moment des Kampfes, wird zu tragischen Misserfolgen führen.¹⁶

Der Kontext, in dem die Debatte über die Rechtsstaatlichkeit in Namibia geführt wird, ist, so wie auch in vielen anderen neuen Nationen-Staaten Afrikas, die Fortführung des Freiheitskampfes. Solange das Schlagwort der politischen Unabhängigkeit als Leitmotiv für die politischen Prozesse in afrikanischen Nationen dient, mit einigen wenigen Einzelpersonen als den Inkarnationen dieses Ziels, wird die Sprache der Demokratie stumm bleiben, bis der politische Raum gesäubert ist von Märtyrern und Helden. Diejenigen, die als Vorboten der Autonomie und Freiheit betrachtet werden, werden zu Identifikationsfiguren für die Bevölkerung, bewusst oder unbewusst. Sie an ihrer konstitutionellen Verpflichtung zu messen, wird zu einem Kampf an sich. Der Präsident von Namibia regiert durch Günstlingswirtschaft, in dem er exekutive und sogar legislative Positionen willkürlich mit Personen besetzt, die keine eigenen Führungsansprüche haben, weil sie sich nicht dazu berufen fühlen. Der Präsident als ernennender Beamter besitzt dazu die uneingeschränkte Macht, unabhängig von ihren Fähigkeiten. Folglich besteht ihr einziger Zweck darin, dem Präsidenten gegenüber verpflichtet zu sein, der ihnen einen Status jenseits ihrer Vorstellungskraft bietet. Ihre Pflicht gegenüber den Menschen, die sie zu führen behaupten, ist gleich null.

¹⁶ Frantz Fanon, *The Wretched of the Earth*, New York, Grove Press, 1968, 148.

Die Angstpsychose wird zu einer der Gefahren der Demokratie der Rechtsstaatlichkeit. Der afrikanische Gelehrte Nwabueze beschreibt dieses Syndrom wie folgt:

Die Präsidentschaft in Afrika ist in der Tat mit einer beachtlichen Menge an Mystik bekleidet, die ihr eine Autorität verleiht, die die eines gewöhnlichen Staatsoberhauptes überschreitet. Diese mystische Qualität leitet sich aus der Leistung der heutigen Generation der afrikanischen Präsidenten als den Führern nationalistischer Bewegungen ab, die den Kolonialismus stürzten und einen neuen Staat etablierten. Der Führer verkörpert diesen Kampfgeist und die Sehnsüchte jener, die am Kampf beteiligt waren.¹⁷

Vor diesem Hintergrund gibt es drei erkennbare sozialpolitische Aspekte in Namibia, die verantwortlich dafür sind, dass die Bürger im Allgemeinen und die politische Elite im Besonderen schlecht vorbereitet waren, um die Voraussetzungen der Rechtsstaatlichkeit in einer funktionierenden Demokratie nach der Unabhängigkeit objektiv zu verstehen, geschweige denn diese zu würdigen, einer stabilen Zukunft und einer positiven ökonomischen Entwicklung zuliebe. Dies sind: (a) die afrikanischen traditionellen Strukturen der politischen Führung; (b) die hemmende Erfahrung des Kolonialismus und seiner jüngeren Version der Apartheid; und (c) das Spektrum der Befreiungspolitik. Diese Aspekte stellen in vielfältiger Weise Hindernisse für die Entwicklung von Rechtsstaatlichkeit dar.

5.1 Der afrikanische traditionelle Hintergrund

Namibia besteht aus verschiedenen Volksgruppen, die sich im Laufe der Geschichte dort ansiedelten. Dabei blieb jede Gruppe auch dann noch von den anderen Volksgruppen getrennt, als sich die Idee von „Heimat“ und „Identität“ zu etablieren begann. Obwohl es wirtschaftliche Interaktionen zwischen den Stämmen und ethnischen Gruppen gab, blieb das System der politischen Autorität und Macht lange unbeeinträchtigt. Die erste bedeutende

¹⁷ B.O. Nwabueze, *Presidentialism in Commonwealth Africa*, London, C.Hurt und Co., 1974, 108.

politische Interaktion entstand als Folge der Befreiungspolitik (SWAPO) auf der einen Seite und der Semi-Befreiungspolitik (Turnhalle) auf der anderen.

Aus diesem Grund selektierten die meisten, wenn nicht alle politischen Gruppierungen in Namibia, die SWAPO eingeschlossen, nach Stammeszugehörigkeit und/oder auf ethnischer Basis, was oppositionelle Politik generell verhindert. Die einheimischen Sprachen, die die fundamentalsten und ursprünglichsten Gefühle über Politik vermitteln, enthalten keine Wörter, um in einem Dialog Widerstand und objektive Kritik auszudrücken. Die lokalen Sprachen benutzen ein Wort für „entgegenzutreten“, das sehr ähnlich mit „anfechten“, „einwenden“ oder sogar „hassen“ ist. Sich widersetzen bedeutet im Wesentlichen, augenblicklich Änderungen herbeiführen zu wollen, ein Kontext, der ein anderes grundlegendes Element der Oppositionspolitik nicht anerkennt, nämlich als Oppositioneller konstruktiv an politischen Prozessen teilzunehmen. Von einer ranghohen Person kritisch zu sprechen, geschweige denn von einem Befreier, ist umso schwieriger und unakzeptabler.

Darüber hinaus muss etwas über die gesamte Idee der „Abweichung“ im afrikanischen Kontext gesagt werden. Die afrikanische Identität basiert eher auf dem „zugehören zu“ als auf dem „abweichen von“ einem Kollektiv. Die Abweichung führt zu diversen persönlichen, psychischen und materiellen Konsequenzen. Vor dem Hintergrund des niedrigen Bildungsniveaus von Namibia kann auch nicht unbedingt erwartet werden, dass eine autoritäre Führung abgelehnt wird, zumal sich diese die Befreiung und Unabhängigkeit schmücken – vor diesem Denkmuster wäre es auch denen gegenüber undankbar, die die Unabhängigkeit gebracht haben.

Laut Ali Mazrui¹⁸ übernehmen post-unabhängige afrikanische Führer monarchistische Tendenzen, die sehr oft demokratischen Prinzipien von Gleichheit, regelmäßigen fairen und freien Wahlen und sozialer Justiz verleugnen. Mazrui behauptet, dass sie die Kunst beherrschen, nach

außen eine aristokratische Wirkung zu erzielen, indem sie sowohl Lenin als auch der Zar werden. Alle sehnen sich nach solch einer aristokratischen Wirkung des Staatswesens ihrer Nationen. Ausnahmslos bekommt das Verhalten dieser Führer einen pompösen Charakter, indem sie große teure Autos fahren, sich Regierungspaläste bauen lassen und indem sie anderen Formen von Geltungskonsum frönen. Ein gutes Beispiel dieser lächerlichen Verhaltensweisen ist, dass in Namibia erwartet wird, dass Kabinettsminister das Staatsoberhaupt begleiten, wenn es ins Ausland reist, und präsent sind, wenn es zurückkommt. Außerdem wird auch von Leitern der ausländischen Vertretungen erwartet, dass sie mit dem Präsidenten zum Flughafen fahren und ihn dort bei seiner An- und Abreise treffen. Ein weiterer Faktor, der zum monarchischen Stil der Politik beiträgt, ist der Personenkult der Autorität. Dieser Personenkult geht so weit, dass spezielle Titel für den Führer erfunden werden, dem bisweilen wie einem König gehuldigt wird. Im Fall von Namibia gibt es eine Gesetzgebung des Parlaments, nach der dem ersten Präsidenten, Sam Nujoma, die Titel Gründungspräsident und Gründungsvater der namibischen Nation verliehen werden!

Schon 1985 warnte der gefeierte nigerianische Schriftsteller Chinua Achebe in seinem Buch *A Man of the People* eindringlich vor der politischen Kultur, die sich 18 Jahre später in Namibia nach der politischen Unabhängigkeit manifestieren sollte. Er schrieb:

Das Problem mit unserer neuen Nation ... ist, dass keiner von uns lang genug im Haus war ... wir waren alle zusammen bis gestern im Regen. Dann haben einige von uns, die Klugen und die Glücklichen und kaum die Besten ... sich unter einen Unterstand, den unsere vorherigen Führer zurückgelassen haben, gedrängt und übernommen die Macht und verbarrikadierten sich selbst. Und von dort aus versuchten sie, den Rest durch zahlreiche Lautsprecher davon zu überzeugen, dass die erste Phase des Kampfes gewonnen war und dass die nächste Phase – der Ausbau unseres Hauses – was viel wichtiger war – es erfordert, dass alle Auseinandersetzungen zu beenden seien und

¹⁸ Ali A. Mazrui, *The Monarchical Tendency in African Political Culture*, *British Journal of Sociology*, Vol. XVIII, No. 3, 1967, 231-250.

*dass das ganze Volk mit einer Stimme sprechen solle und dass jeder Widerspruch gegen den Unterstand das ganze Haus zum Einstürzen bringen würde.*¹⁹

Da es keine Gesetze gab, um die neuen Verhältnisse in einem freien Land zu regeln, ersetzte die Angst die Freiheit. Der politische Führer verteilt zunächst großzügig Geschenke – mit dem Ziel der politischen Kontrolle, um seine tyrannischen Motive zu kaschieren. Aus Mangel an starken Institutionen ist er selbst die Institution. Als Folge hiervon entsteht eine Art von militanter Mittelmäßigkeit, indem alte und junge Emporkömmlinge versuchen, ihren Anteil an Macht und Wohlstand vom Führer zu erhaschen. Dabei findet keine Sozialisation junger Demokraten zur Verteidigung des Rechtsstaatsprinzips statt. Der Präsident, und jene um ihn herum, die von seiner Willkür abhängen, werden als perfekte Männer, als Beschützer der Befreiung, verherrlicht. Dies führt zum Kult des Big Men, des perfekten Mannes.

5.2 Kolonialismus und Apartheid

Die schmerzvolle Erfahrung der Strategie des „Teile und herrsche“ sowohl während des Kolonialismus als auch während der Apartheid entmutigte jede Form von Widerstand, insbesondere aufgrund der „offiziellen“ Sicht des Widerstandes. Jede Form von Konflikt mit den Autoritäten wurde als Versuch der Zerstörung der bestehenden Ordnung angesehen. Widerstand wird aus diesem Grund sogar heute noch mit dem Streben nach Zerstörung, Annullierung oder Umsturz der bestehenden Regierung assoziiert.

5.3 Das Spektrum der Befreiungspolitik

Die politischen Führer des Freiheits- und Unabhängigkeitskampfes lernten von dem Apartheidsystem eine wichtige Lektion: unterschiedliche Meinungen nicht zu tolerieren. Denn so wurde der Wunsch nach Beendigung der Unterdrückung legitimiert und der Kampf gegen die Unterdrücker setzt voraus, dass alle Widerstandskräfte an einem Strang ziehen. Individuelle Meinungsverschiedenheiten wurden verachtet

und der Wille nach einem Kollektiv, oft unangemessen, einte alle Widerständler. Wenn Unstimmigkeiten auftraten, wie es der Fall während der Shipanga-Rebellion im Jahre 1976 war, entstand eine große Kluft in der Partei. Es gab keinen Raum für konstruktive Kritik. Was ein produktiver Dialog hätte sein können, um die Partei zu verbessern, führte zu einer totalen Polarisierung, die auch heute noch sowohl auf persönlicher Ebene wie auch in ideologischen Positionen spürbar ist.

Im Zusammenhang betrachtet, führten diese drei fast simultan wirksamen Trends zu der Erkenntnis, dass die Oppositionspolitik ein gänzlich neues Spiel ist. Alle drei Szenarien spielten sich so ab, dass Menschen in Positionen versetzt wurden, wo sich eine Mentalität des UNS gegen DIE entwickelte, dem irrationalen alttestamentarischen Denkbild „für uns“ oder „gegen uns“ vergleichbar. Die Unabhängigkeitspolitik, die bewirkte, dass Namibia unter der Regierung der SWAPO zu einem Einpartei-Staat wurde – wobei die SWAPO für sich beansprucht, die Unabhängigkeit gebracht zu haben –, führte letzten Endes selbst dazu, dass es weder ein echtes Bedürfnis nach noch eine Debatte über Oppositionspolitik gibt.²⁰

6 DIE POLITIK DES GESCHEITERTEN STAATES

Die fehlende Rechtsstaatlichkeit ließ ausnahmslos die Politik der Staaten Afrikas scheitern. Es herrscht Einstimmigkeit unter den Beobachtern der afrikanischen Staatengemeinschaft darüber, dass dies eine traurige Geschichte eines stets sich wiederholenden Scheiterns ist. Namibia hatte einen guten Start und es bestand die Hoffnung, dieser traurigen Geschichte zu entkommen. Jetzt sieht die Lage allerdings immer hoffnungsloser aus, da gerade diejenigen, die sich am Steuer des Staatsbetriebes befinden, es nicht verstehen, dass ein Staat ein Gebilde ist, bei dem sich viele Einflüsse und Faktoren gegenseitig bedingen, und dass er eine Art von Übereinkommen ist zwischen denen, die regieren, und jenen, die regiert werden, so dass diejenigen, die regieren, von

¹⁹ Chinua Achebe, *A man of the People*, New York, Doubleday and Co., 1967, 34-35.

²⁰ Joseph Diescho, *Government and Oppression in post-independent Namibia: perceptions and performance*, Windhoek, NID, 1996, 15-16.

der Gnade derjenigen, die regiert werden, abhängig sind. Die Rechtsstaatlichkeit ist ein Licht auf der Straße zu besseren Beziehungen – sie sorgt für mehr Stabilität, Schutz und Zusammenhalt des Gemeinwesens.

Einer der Hauptgründe für das Scheitern der Staatsgebilde in Afrika ist, dass diejenigen, die den Staat übernahmen, unfähig sind, die wahre Bedeutung und Aufgabe des Staatsbetriebes zu verstehen und zu ermessen. Nach einer Definition²¹ ist ein Staat eine organisierte Gemeinschaft von Menschen in einem abgegrenzten Territorium und stellt eine bestimmte politische Einheit dar. Der Staat als Organisation umfasst die Regierung mit ihren drei Bereichen (Legislative, Exekutive und Judikative); den privaten Sektor, der von den in dem Staatsgebiet geltenden Gesetzen und Regeln bestimmt wird; die Nichtregierungsorganisationen (die religiösen Gemeinschaften und die nicht staatlichen Vereine und Vereinigungen); sowie die politischen Parteien, die um die Regierungsämter wetteifern. Innerhalb des Staates gibt es weitere Interessensgruppen, die weitgehend unabhängig und gleichberechtigt miteinander agieren. Innerhalb des Staatsgebildes bilden die Regierung und der Staat selber zwei verschiedene Akteure mit unterschiedlichen Funktionen.

Im post-unabhängigen Afrika ist die politische Elite vollkommen unfähig, zwischen der Regierungspartei, der Regierung und dem Staat zu differenzieren. Diese Gleichsetzung von politischen Regierungspartei, von Regierung und Staat, verbunden mit dem Umstand, dass sich die Staatsmacht in einer Person konzentriert, nämlich dem Führer der Regierungspartei, führt zu einer Selbstgerechtigkeit der herrschenden Klasse in dem Maße, dass sie vollkommen intolerant gegenüber anderen Ideen wird. Die Verherrlichung (Aufwertung) der politischen Parteien im post-unabhängigen Namibia ist eine große Bedrohung für die Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Dies umso mehr, als die politische Partei andere Formen der Identität, die menschliche Beziehungen in der Regel festigten, ersetzt hat. In Namibia stellen die nationa-

len Führer, die gleichzeitig die Hüter nationaler Werte sein sollten, die Partei über die Nation.

Um Ali Mazrui zu zitieren, scheitert die politische Partei, die die Idee der nationalen Freiheit verfochten hat und vom Opfer der Repression zum Sieger im Befreiungskampf wurde, nun an der Aufgabe, die Hüterin der Bürgerfreiheiten zu sein und wird stattdessen zum Widersacher der Demokratie.²² Der Führer der Regierungspartei hat verschiedene Rollen inne: Er ist die Vaterfigur, der Gesetzgeber, der über den Gesetzen, die er selbst gemacht hat, steht; der Führer par excellence, dessen Autorität über jeden Tadel erhaben ist; die Verkörperung einer mythischen Figur, vor der man sich fürchtet und die unter allen Umständen verehrt wird; die Entscheidungsinstanz über Gut gegen Böse, Richtig gegen Falsch, Wahr gegen Unwahr, Sicherheit gegen Gefahr und sogar Leben gegen Tod.

Colin Leys und John Saul²³ beobachteten Anfang 1995, dass bei den neuen Machthabern, die nach der Unabhängigkeit regierten, demokratische Überzeugungen nur erkennbar gering ausgeprägt waren. Die Situation verschlimmerte sich mit der Zeit insofern, als der Staat zunehmend unter die Kontrolle der Regierungspartei geriet, wobei nationale Interessen zu einem Vorwand wurden, mit dem kritische Stimmen, die Bedenken über die Situation äußerten, unterdrückt wurden. Die, die sich sicher fühlen können, sind diejenigen, die den Helden-Führer aufwerten und den *Status quo* mit großem Kampfgeist und einer perfekten Organisation verteidigen. Unter diesen Umständen über Rechtsstaatlichkeit zu sprechen, wird von allen den Staatsorganen und -apparaturen als eine reaktionäre Tat gewertet, wenn nicht sogar eine zerstörerische.

²² Ali Mazrui, Rede zum 10. Jahrestag der Demokratie in Südafrika, Pretoria, April 2004.

²³ Colin Leys und John Saul (Hrsg.), *Namibia's Liberation: The Two-Edged Sword*, London, James Currey. Henning Melber in seinem unveröffentlichten Symposiumsbericht, *Liberation Movements as Governments: Southern African Experiences, with special reference to SWAPO and post-colonial cultures in Namibia*, op.cit., greift diesen wichtigen Widerspruch auf, an dem die meisten Befreiungsbewegungen leiden, da sie die undemokratische Kultur ihrer früheren Unterdrücker übernehmen, sobald sie an der Macht sind.

²¹ Verloren Van Themaat and M. Wiechers, op.cit., 4-6.

7 DIE JUDIKATIVE IN NAMIBIA

Afrika hat es versäumt, das Prinzip der Gewaltenteilung einzuführen, in eine Legislative, die für die Gesetzgebung zuständig ist, eine Exekutive, die die Gesetze ausführen soll, und eine Judikative, die die Gesetze auslegen soll. Das gesamte neunte Kapitel (Justizverwaltung) der namibischen Verfassung ist explizit den Aspekten der Justizverwaltung im Allgemeinen und der Unabhängigkeit der Justiz im Besonderen gewidmet. Somit verdienen die namibischen Obrigkeiten erst jetzt, lange nach der Erlangung der Unabhängigkeit ein Lob dafür, dass die Grundideen der demokratischen Rechtsprechung auf eine zufrieden stellende Weise berücksichtigt werden.

Die Gründung einer unabhängigen Justiz nach der Verfassung von Namibia verdankt sich dem Einfluss des technischen Komitees, das die Verfassungsgebende Versammlung bei den die Judikative betreffenden Klauseln unterstützte. Von der SWAPO und in geringerem Maße von den anderen politischen Parteien konnte keine Würdigung der Bedeutung dieser Klauseln und der zugrunde liegenden Konzeption erwartet werden. Das Lob muss an die weißen südafrikanischen Rechtsexperten gehen, die als Berater fungierten, vor allem Professor Gerhard Erasmus (Universität Stellenbosch), Professor Marinus Wiechers (Universität von Südafrika) und Arthur Chaskalson (der später der erste Oberste Richter des Verfassungsgerichts von Südafrika wurde).

Das wirkliche Problem in dieser Hinsicht ist die Umsetzung, da das politische System Namibias legislative, exekutive und häufig judikative Aufgaben den Menschen überträgt, von denen erwartet wird, dass sie dem Präsidenten gegenüber loyal sind. Zum Beispiel ist es der Förderung der Unabhängigkeit des Rechtssystems nicht sehr dienlich, wenn die Rollen des Justizministers und des Generalstaatsanwalts in einer Person, die keineswegs ein etablierter Jurist ist, vereint werden, der zudem noch bekannt ist als Hitzkopf in der Regierungspartei und der nur wenig tolerant ist, wenn er auf Widerspruch stößt.

Gleichheit vor dem Gesetz wahren zu lassen ist somit in die Hände gelegt von irgendwelchen Amtsinhabern, die die meiste Zeit nur Lippenbekenntnisse ablegen. Es kann keine Unabhängigkeit der Justiz geben, wenn die Vertreter der Justiz an einem Minderwertigkeitskomplex leiden, der sich daraus erklärt, dass sowohl sie selber als auch diejenigen, die sie in ihre Ämter eingesetzt haben, wissen, dass sie eigentlich nicht kompetent sind, die Aufgaben der Rechtsprechung, die Auslegung des Gesetzes, zu erfüllen. In diesem Sinne sind sie lediglich politische Amtsinhaber und keine Gesetzesausleger. Die Rechtsliteratur Namibias ist immer noch von sehr geringem Umfang, und das Vokabular über Demokratie sehr eingeschränkt und einschränkend.²⁴ In diesem Klima hat die Rechtsstaatlichkeit Schwierigkeiten, sich durchzusetzen.

8 SCHLUSSFOLGERUNG

Was notwendig ist, ist ein echter Paradigmenwechsel dergestalt, wie afrikanische politische Führer über sich selbst und die Systeme denken, die sie zur Zeit der Unabhängigkeit eingeführt haben. Zum Beispiel legten namibische politische Führer 1990 ein gutes Fundament in der Absicht das Richtige zu tun – und wohl bevor sie die Macht und das, was sie mit sich bringt, richtig auszukosten begonnen hatten. Da die namibische Verfassung zweifellos eine der wenigen auf dem afrikanischen Kontinent ist, die von den gewählten Vertretern selber erstellt wurde, stellt sie einen exzellenten Ausgangspunkt dar.

Teil dieses Paradigmenwechsels ist, dass afrikanische Führer Vertrauen in ihre eigenen Systeme und in ihr Volk entwickeln sollten. Es ist offensichtlich, dass afrikanische Führer im Allgemeinen und Freiheitsführer im Speziellen an einem inhärenten Minderwertigkeitskomplex leiden, der sie dazu bringt, ihren eigenen Systemen und ihrem eigenen Volk so sehr zu misstrauen,

²⁴ In allen indigenen Sprachen Namibias gibt für einen Meinungs Austausch es keine Wörter wie: Redefreiheit, loyale Opposition, Rechtsstaatlichkeit, Kritik, Ethik, Toleranz, Transparenz, Ziel, unabhängiges Gericht, Fairness und Ähnliches. Daher ist in normalen Diskussionen mit Menschen Kritik an der Regierungspartei und/oder dem Präsidenten gleichbedeutend damit, sie abzulehnen oder zu hassen.

dass sie fürchten, dass ihnen Schlimmes zustoßen könnte, wenn sie das politische Amt verlassen. Dies ist deshalb der Fall, weil die Rechtsstaatlichkeit während ihrer Amtszeit nicht gefördert wurde, und ihre Angst basiert auf einem Syndrom, das sie selbst geschaffen haben: dass nämlich Machtausübung bedeutet, Menschen mit abweichender Meinung mit Repressalien zu bedrohen.

Außerdem widerspricht die Rechtsstaatlichkeit dem Selbstverständnis afrikanischer Führer – dass ohne sie der Staat zusammenbrechen würde. Die Rechtsstaatlichkeit steht prinzipiell für die Tatsache, dass Gesetze und Bestimmungen – nicht die Menschen – langfristig zuverlässiger sind und im Zentrum des ansonsten strukturlosen Staatsbetriebes stehen. Mit den Worten des früheren US-Präsidenten, Woodrow Wilson: *Ein Staat ist ein von Menschen organisiertes Recht innerhalb eines begrenzten Territoriums*. Bis sich diese Denkweise bei den politischen Entscheidungsträgern Namibias durchgesetzt hat, bleibt die ideale demokratische Gesellschaft und ihr Korrelat, die Rechtsstaatlichkeit, ein Luftschloss.

Letztendlich steht Namibia, wie auch jedes andere afrikanische Land, vor einem Führungswechsel. Die Rechtsstaatlichkeit braucht starke Fürsprecher, die Namibia derzeit nicht hat. Dies rührt daher, dass die Judikative, die als Wächter der Rechtsstaatlichkeit agieren sollte, mit entweder unterqualifizierten oder mittelmäßigen Juristen bestückt ist, die sich nicht gegen die heutige politische Elite zur Wehr setzen können. Es reicht einfach nicht darauf hinzuweisen, dass es schließlich eine Verfassung gebe und Gesetze, wenn diejenigen, denen die Anwendung dieser Gesetze anvertraut wurde, diese ungestraft missachten. Sicherlich ist die Behauptung überzogen, dass Rechtsstaatlichkeit nur als Instrument eingesetzt wird, um bei westlichen Geldgebern weitere finanzielle Unterstützung erhoffen zu können, auch wenn Andersdenkende von Repräsentanten des Staates und der Regierung verleumdet werden. Die Rechtsstaatlichkeit ist wie die Demokratie kein Selbstzweck, sondern ein Mittel zum Zweck, der da heißt: Gleichheit, Recht und Frieden.

Es ist an der Zeit, uns alle daran zu erinnern, dass die Zukunft der Demokratie in Afrika abhängt von dem Maße, in dem Rechtsstaatlichkeit der Zukunft zuliebe daran beteiligt sein wird. Dies fordert visionäre und starke Führerschaft mit einem Verständnis für die heutigen Veränderungen und mit einer Leidenschaft für eine bessere Zukunft. Frantz Fanon hatte Recht, die Leser seiner Zeit und gleichermaßen die heutige Generation vor der Tatsache zu warnen, dass *„jede Generation für dich aus der Dunkelheit heraus ihre eigene Mission herausfinden muss, um sie zu erfüllen oder aufzugeben“*.²⁵

²⁵ Frantz Fanon: *The Wretched of the Earth*. op.cit., 206.

PHILIPPINEN

Prof. Dr. Andres D. Bautista, LL.M. (Harvard)

A HINTERGRUND UND GESCHICHTE

I. Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in Ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

II. Welches war das Demokratieverständnis, von dem sich die Autoren der Verfassung leiten ließen? Wie wurde insbesondere die Volkssouveränität als Grundlage der Demokratie aufgefasst? Wurde sie als ursprüngliche und uneingeschränkte Gewalt des Volkes angesehen oder als eine Gewalt, die im Hinblick auf die verschiedenen Formen ihrer Ausübung (Verfassungsreferenden, Volksabstimmungen, Wahlen) einer Regulierung bzw. Verrechtlichung zugänglich war?

III. Gab es im Zeitpunkt der Entstehung der Verfassung eine Debatte über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit? Falls ja, wurden diese Prinzipien vorwiegend als komplementär oder eher als antagonistisch angesehen? Wurden beide Prinzipien als gleichrangig betrachtet, oder ging man im Gegenteil davon aus, dass eine Hierarchie zwischen ihnen besteht?

Um die Ausweitung und die Entwicklung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie auf den Philippinen besser verstehen zu können, ist zunächst ein kleiner Exkurs in die Landesgeschichte nötig. Die DNA der philippinischen Rasse ist in erster Linie zusammengesetzt aus malaysischen, indonesischen und chinesischen Einflüssen. Noch bevor Ferdinand Magellan seinen Fuß im Jahr 1521 auf die Inselgruppe setzte und den philippinischen Archipel für den König von Spanien und in dessen Namen in zur Kolonie erklärte, besaßen die Einwohner

schon ein eigenes einheimisches Regierungssystem.

Das *Barangay* war die elementare Regierungseinheit und bestand aus 20 bis 100 Familien. Jedes *Barangay* war unabhängig und wurde von einem Stammesführer regiert. Dieser besaß umfassende Macht und übte exekutive, legislative und judikative Funktionen aus. Es ist erwiesen, dass es „Gesetze“ oder, genauer ausgedrückt, Bestimmungen gab, die von den Stammesführern und/oder einem Ältestenrat¹ bekannt gemacht wurden. In der Tat wurde behauptet, dass bereits im frühen 15. Jahrhundert einer der mächtigen Datus, Kalantiyaw, ein Gesetzbuch für die Führung des Volkes von Panay, eine der Hauptinseln Philippinens, erließ.² Die Vielfalt der *Barangays* während dieser Zeit lässt darauf schließen, dass es keine nationale oder zentrale Regierung gab.³ Diese *Barangays* waren außer in Zeiten der Fremdbesetzung, wie während der Kaiserreiche Madjapahit und Sri-Vishayan, miteinander hauptsächlich, wenn auch nicht ausschließlich, durch Handelsbeziehungen verbunden.⁴

Während der spanischen Kolonialzeit (1521 bis 1898) wurden die Philippinen vom Spanischen König durch das Vizekönigreich von Mexiko verwaltet. Unter dem König waren der Königliche und Oberste Rat von Indien (später verdrängt von den Kolonialministerien) die allgemeinen Gesetzgeber und Verwalter der Kolonien des spanischen

¹ Teodoro Agoncillo, "History of the Filipino People", 1990, 26.

² James Robertson, "Social Structure of, and Ideas of Law Among Early Philippine Peoples", 1918, 185-191.

³ Agoncillo, 40.

⁴ Isagani Cruz, "Philippine Political Law", 1996, 3.

Königreichs. Auf nationaler Ebene war der Vertreter des Königs im Land der *gobernador general* („Generalgouverneur“), während auf Provinzebene das Oberhaupt der *alcalde mayor* („Provinzgouverneur“) war, beides spanische Bürger, die exekutive und judikative Funktionen ausübten. Die Vorzeige-Filipinos waren die *gobernadorcillo* („kleinen Gouverneure“), die dem *alcalde mayor* und dem *cabeza de barangay* („Oberhaupt des Barangay“), dem Steuer- und Beitragseintreiber der *gobernadorcillo*, unterstellt waren.⁵ Die Spanier änderten nicht nur die Regierungsform, indem sie alle *Barangays* einer einzigen Regierung unterwarfen, sie führten auch den Katholizismus ein und machten die Philippinen damit zur einzigen überwiegend christlichen Nation in Asien.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurde eine Unabhängigkeitsbewegung von Filipinos, die in Spanien studierten, ins Leben gerufen, die gegen den Mangel an Freiheiten und Rechten sowie die Misshandlungen, die gegen die Einheimischen verübt wurden, protestierte. Um diese Missstände zu beenden, wurde ein Verfassungsentwurf von einer Gruppe von philippinischen Intellektuellen und Freiheitskämpfern im Januar 1899 erstellt, mutmaßlich die erste demokratische Verfassung, die jemals in ganz Asien verkündet wurde.⁶ Bevor dieses Dokument ordnungsgemäß in Kraft treten konnte und ohne das Wissen der neu eingesetzten philippinischen Regierung, wurde allerdings eine „Abmachung im Hinterzimmer“ getroffen, die in der Unterzeichnung des „Vertrages von Paris“ am 10. Dezember 1898 (Treaty of Paris) resultierte, wodurch die Souveränität über das ganze Land von den Spaniern an die Amerikaner überging.

Als die Vereinigten Staaten die Regierung (1899 bis 1946) übernahmen, gestatteten sie den Filipinos mehr Teilhabe und Einfluss auf die drei Regierungsgewalten. Kraft des Philippinischen Gesetzes von 1902 wurde eine Zweikammer-Legislative gegründet, die dem amerikanischen Gouverneur beim Regieren des Landes zur Seite stand. 1916 wurde das Jones-Gesetz vom Kongress der Vereinigten Staaten verabschiedet, das eine ausschließlich philip-

pinische Legislative vorsah, die aus einem Senat und dem Repräsentantenhaus bestand, aber noch unter der Federführung des Generalgouverneurs stand. Als Reaktion auf die wachsende Forderung nach Unabhängigkeit wurde das Tydings-McDuffie-Gesetz im Jahre 1935 verabschiedet, mit dem die Amerikaner der Gründung eines philippinischen Staatenbundes zustimmten, was zunächst durch ein Organisationsgesetz vorbereitet werden sollte. Den Filipinos wurde Unabhängigkeit versprochen, wenn sie während einer zehnjährigen Übergangsperiode unter Beweis stellen konnten, dass sie demokratiefähig sind.⁷

Wie ihr amerikanisches Pendant, unterteilte die Verfassung von 1935 das Regierungssystem in drei Gewalten – exekutive Macht wurde von dem Präsidenten ausgeübt, legislative Macht von einem Zweikammer-Kongress und judikative Macht von dem Obersten Gerichtshof und anderen nachgeordneten Gerichten. Außerdem beinhaltet ein separater Artikel die Bill of Rights. Diese Verfassung institutionalisierte jedoch, im Unterschied zum föderalen System der Vereinigten Staaten, eine einheitliche zentralisierte Regierungsform.

Nach dem Ende des 2. Weltkrieges wurde dem Land innerhalb eines Jahres die Unabhängigkeit gewährt und im Juli 1946 wurde die Republik der Philippinen gegründet. Im Jahre 1973 wurde unter der Leitung des damaligen Präsidenten Ferdinand Marcos eine neue Verfassung verabschiedet. Der grundlegende Unterschied zwischen den Verfassungen von 1935 und 1973 bestand im Wechsel des Regierungssystems von einem präsidentialen Zweikammersystem zu einem parlamentarischen Einkammersystem. Jedoch wurde dieser Wechsel nie wirklich vollzogen, denn Präsident Marcos hatte während seiner Regentschaft das Kriegsrecht verhängt und sämtliche Macht an sich gerissen. Dies führte unweigerlich zu seinem Sturz und zur Präsidentschaft von Corazon Aquino im Jahre 1986 durch die historische EDSA „People Power Revolution“. Eine der ersten Amtshandlungen der neuen Präsidentin war die Verkündung einer einstweiligen „Freiheitsverfassung“, die als vorübergehendes Grundgesetz bis zum Beschluss einer neu-

⁵ Agoncillo, 75-78.

⁶ Cruz, 3.

⁷ ebd., 5.

en Verfassung diene, die von einer Verfassungskommission, deren Mitglieder von der Präsidentin ernannt worden waren, ausgearbeitet werden sollte. Diese neue Verfassung wurde im Jahre 1987 vom Volk ratifiziert. Sie legte fest, dass unsere Regierungsform fortan ein Präsidialsystem sei, und es wurden Schutzmaßnahmen definiert, um zu verhindern, dass es zu Misshandlungen wie während des Marcos-Regimes kommt.

B RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER VERFASSUNG

I. Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Wenn nicht, ist es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

II. In welchem Umfang und in welcher Weise sind die folgenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip), b) Vorbehalt des Gesetzes, c) Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte, d) Unabhängigkeit der Gerichte, e) Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien, insbesondere das Verbot „ne bis in idem“ und das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“?

1. Rechtsstaatlichkeit

Es ist aus dem zuvor Beschriebenen ersichtlich, dass es bereits vor der Kolonialisierung eine Tradition an Vorschriften und Bestimmungen sowie eine paradigmatische Rechtsstaatlichkeit gab, die von den einheimischen Filipinos anerkannt waren. Insofern ist es nicht überraschend, dass es in der ersten Verfassung aus dem Jahre 1899 eine Bestimmung gab, die besagte, dass „ein Filipino oder Ausländer weder festgenommen noch inhaftiert werden darf außer im Falle eines Strafvergehens *in Übereinstimmung mit dem Gesetz*.“⁸ Denselben Gedankengut entspringt auch Artikel 14 dieser Verfassung, der besagt, dass „kein Filipino verfolgt oder verurteilt wird, *außer durch einen Richter oder ein Gericht einer ordentlichen Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit dem Verfahren, wie es*

vom Gesetz vorgeschrieben ist.“⁹ Diese Bestimmungen wurden in den nachfolgenden Verfassungen des Landes berücksichtigt, aber in einer vertrauteren Sprache formuliert: „Niemand soll seines Lebens, seiner Freiheit oder seines Eigentums beraubt werden ohne angemessene Gerichtsverhandlung, noch soll jemandem der gleiche Schutz von den Gesetzen versagt bleiben.“¹⁰

Bill of Rights

Außerdem gibt es in der Verfassung einen ganzen Artikel innerhalb der Bill of Rights mit 22 Sektionen, der den politischen Rechten gewidmet ist.¹¹ Getreu den individuellen Rechten der Verfassung der Vereinigten Staaten formuliert, hat die philippinische Version seitdem ihren Regelungsbe- reich erweitert, um auch Rechte, die durch die Bestimmungen des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten anerkannt wurden, abzudecken, wie die so genannten Miranda-Rechte, nach denen ein Beschuldigter darauf hingewiesen werden muss, dass er das Recht hat, zu schweigen, dass jede Aussage, die er macht, als Beweis gegen ihn verwendet werden kann, und dass er das Recht auf die Anwesenheit entweder seines oder eines ihm zugewiesenen Rechtsanwaltes hat.¹² Die Autoren der philippinischen Verfassung haben außerdem einen separaten Artikel mit dem Titel „Soziale Justiz und Menschenrechte“ verfasst, der soziale und wirtschaftliche Rechte schützt.¹³ Aus diesem Grunde wurde eine Kommission für Menschenrechte gegründet, die in erster Linie alle Formen von Menschenrechtsverletzungen untersucht, sei es aus eigenem Antrieb oder auf äußere Veranlassung.¹⁴ Infolgedessen kann man behaupten, dass die individuellen Menschenrechte eines Filipinos zumindest in der Theorie besser geschützt werden als die eines Amerikaners.

⁸ 1899 Constitution of the Republic of the Philippines, Artikel 7, Titel IV.

⁹ ebd., Titel IV.

¹⁰ 1935 Verfassung, Artikel III, Sektion 1(1); 1973 Verfassung, Artikel IV, Sektion 1; 1987 Verfassung, Artikel III, Sektion 1; s. auch 5. und 14. Änderung der Verfassung der Vereinigten Staaten.

¹¹ 1987 Verfassung, Artikel III.

¹² ebd., Artikel III, Sektion 12, hinsichtlich des US-amerikanischen Falls *Miranda v. Arizona* (1964).

¹³ ebd., Artikel XIII.

¹⁴ ebd., Sektionen 17 und 18.

Gewaltenteilung

Wie schon erwähnt, ist in allen philippinischen Verfassungen das Konzept der begrenzenden Macht durch die drei Hauptbereiche der Regierung – Exekutive, Legislative und Judikative – enthalten. Zusätzlich wurden unabhängige Verfassungskommissionen, wie die Wahlkommission, Prüfungskommission, Civil Service Commission (Berufsbeamtenausschuss)¹⁵ eingesetzt und das Amt des Ombudsmanns¹⁶ eingerichtet und mit speziellen Aufgaben und Funktionen ausgestattet.

Das Prinzip der Gewaltenteilung sieht vor, dass jede der drei Regierungsgewalten, laut Verfassung, innerhalb ihres Einfluss- und Verantwortungsbereichs dominant ist. Die Konzentration von Autoritäten in einer Person oder Gruppe soll vermieden werden, da dies zu einem Machtmissbrauch führen kann. Dieses Prinzip wurde geschaffen um, um Handlungen abzusichern, Überreaktionen zu verhindern, Despotismus zu vermeiden und Effizienz zu erreichen.¹⁷

Obwohl ein bestimmter Grad an Unabhängigkeit der einzelnen Gewalten erwünscht ist, bedeutet dies nicht, dass jede Gewalt die anderen missgünstig beargwöhnt betrachtet und nicht auf das gemeinsame Ziel einer verantwortungsbewussten Regierungsführung hinarbeitet. Schließlich sind die Regierungsgewalten nicht permanent mit mathematischer Präzision voneinander zu trennen.¹⁸ Um eine funktionierende Demokratie zu gewährleisten, muss das vorrangige Paradigma für jede der Gewalten die Interdependenz und nicht ihre jeweilige Unabhängigkeit sein.

Erst kürzlich unterzeichneten die drei Gewalten ein historisches Memorandum eines Abkommens, mit dem ein judikatives, exekutives und legislatives Beratungsgremium (JELACC), bestehend aus neun Mitgliedern, unter dem Vorsitz des Präsidenten, gegründet wurde.

In der Erkenntnis, dass die Förderung der Rechtsstaatlichkeit von den drei Regierungsgewalten gefordert werden kann, ohne dass die Unabhängigkeit der Gewalten, speziell der judikativen, untergraben wird, sieht das Abkommen das Beratungsgremium als örtliche Zuständigkeit an, mit deren Hilfe die Repräsentanten der drei Gewalten ihre Aufgaben unter dem Primat der Rechtsstaatlichkeit bestimmen sowie Lösungen formulieren und übernehmen können, um den die Abläufe und den Prozess sowie die Institutionen der Justiz zu stärken und unsere Gesetze für die Besserstellung jedes Filipinos umsetzen können.¹⁹

Als erste Aufgabe wird JELACC das Budget der Judikative untersuchen, die Anforderungen an die Infrastruktur, die Notwendigkeit neuer Positionen und die Besetzung von freien Stellen, das berufliche Entwicklungsprogramm, die Vergütung und Sicherheit der Justizbeamten und die Gewährleistung der Amtszeit der Justizangestellten.²⁰

Checks and Balances

Eine Begleiterscheinung des Konzepts der Gewaltenteilung ist, dass es in einem System der gegenseitigen Kontrolle jeder Gewalt gestattet ist, Übergriffen auf ihre von der Verfassung vorgeschriebenen Privilegien entgegenzuwirken sowie Fehler oder Verfehlungen, die von Seiten der anderen Gewalten begangen wurden, zu korrigieren.²¹

Es gibt in der Verfassung einige Erläuterungen dieses Konzepts. Die Befugnis, internationale Verträge abzuschließen, liegt in erster Linie in den Händen der Exekutive und beim Präsidenten, aber dieser benötigt immer noch die Zustimmung des Senats.²² Die Befugnis zur Gesetzgebung hat der Kongress, allerdings hat der Präsident ein Vetorecht, das aber seinerseits wieder vom Kongress wieder überstimmt werden kann.²³ Während die Gerichte in letzter Instanz darüber entscheiden, ob die Legislative in Übereinstimmung mit der Verfas-

¹⁵ ebd., Artikel IX.

¹⁶ ebd., Artikel XI.

¹⁷ Pangasinan Transportation Co. v. PSC, 40 O.G., 8th Supp. 57.

¹⁸ Cruz, 72.

¹⁹ Rede der Präsidentin Gloria Arroyo bei der Unterzeichnung des JELACC MOA am 13. Mai 2008.

²⁰ siehe JELACC MOA vom 13. Mai 2008.

²¹ Cruz, 73.

²² Verfassung von 1987, Artikel VII, Sektion 21.

²³ ebd. Artikel VI, Sektion 27.

sung handelt,²⁴ hat die Legislative ihrerseits die Befugnis, Bezirksgerichte einzusetzen oder abzuschaffen.²⁵

Richterliches Prüfungsrecht

Genau wie in den Vereinigten Staaten sieht die Rechtsprechung das richterliche Prüfungsrecht vor. Die Gerichte dienen als Schiedsrichter und sorgen dafür, dass die Grenzen der Befugnisse, die in der Verfassung umrissen sind, respektiert und überwacht werden. Dies bedeutet trotzdem nicht, dass sie über der Verfassung stehen. Wie Richter George Malcolm vor 70 Jahren bemerkte: „Gerade der Oberste Gerichtshof sollte als Beschützer der Verfassungsrechte nicht Usurpationen von anderen Abteilungen genehmigen, er sollte seinen eigenen Einflussbereich auf die Gewalten ausdrücklich strikt begrenzen oder wie im Organisationsgesetz vorgesehen die Zusammenarbeit suchen.“ Das bedeutet: Wenn der Oberste Gerichtshof eine Handlung einer anderen Gewalt als verfassungswidrig ansieht, so tut er dies nicht auf der Grundlage seiner eigenen Vormachtstellung, sondern aufgrund der Vormachtstellung der Verfassung.²⁶

Andere Sektionen, die die Rechtsstaatlichkeit fördern

Es gibt andere Bestimmungen in der philippinischen Verfassung, die das Konzept der Rechtsstaatlichkeit anerkennen und stärken.

Die Präambel der Verfassung besagt: „Wir, das souveräne philippinische Volk, die hier rechtmäßig übereinkamen, erbitten flehentlich den Beistand des Allmächtigen Herrn des Universums, um eine richtige und humane Gesellschaft zu bilden, eine Regierung zu etablieren, die unsere Ideale und Sehnsüchte verkörpert, das Allgemeinwohl fördert, unser väterliches Erbgut bewahrt und entwickelt und uns und unseren Nachkommen die Gnaden der Unabhängigkeit und Demokratie unter der Rechtsstaatlichkeit und einem Regime der Wahrheit, Gerechtigkeit, Freiheit, Liebe, Gleichheit, Frieden gewährt, und bestim-

men und verkünden diese Verfassung.“²⁷ Obwohl eine Verfassung nationales Recht ist und somit nicht anderen, ausländischen Rechtssystemen verpflichtet ist, sieht die philippinische Verfassung vor, dass sie „die allgemein akzeptierten Prinzipien des internationalen Rechts als Teil des Rechts des Landes annimmt.“²⁸

Der Präsident des Landes schwört, bevor er sein Amt antritt, „seine Verfassung zu schützen und zu verteidigen, ihre Gesetze auszuführen, (und) Recht auszuüben für jeden Menschen“²⁹ und er ist ausdrücklich beauftragt, „zu gewährleisten, dass die Gesetze getreu vollzogen werden.“³⁰ Justizbehörden ist die Aufgabe übergeben, „aktuelle Kontroversen zu schlichten, indem die rechtmäßig anzuwendenden einforderbaren und vollstreckbaren Rechte angewendet werden, und festzustellen, ob es einen gravierenden Amtsmissbrauch durch eine der Gewalten oder durch Regierungskräfte gegeben hat, der auf eine Beugung des Rechtswesens zurückzuführen ist.“³¹

2. Demokratie

I. Ist das Demokratieprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Falls nein, ist die Demokratie als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

II. In welchem Umfang und auf welche Weise sind die folgenden Bestandteile des Demokratieprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Volkssouveränität, b) Formen der repräsentativen und der partizipativen, d.h. direkten Demokratie, c) Verfassungsgarantien eines echten Mehrparteiensystems, d) das Recht in echten, wiederkehrenden Wahlen zu wählen und gewählt zu werden, nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl, e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Körperschaften (d.h. entweder durch die ordentlichen Gerichte oder durch spezielle, mit den Garantien der Autonomie und Unabhängigkeit ausgestattete Wahlgerichte)?

²⁴ ebd. Artikel VIII, Sektion 1.

²⁵ ebd., Sektionen 1 und 2.

²⁶ Angara v. Electoral Commission, 63 Phil. 139.

²⁷ Verfassung von 1987, Präambel.

²⁸ ebd., Artikel II, Sektion 2.

²⁹ ebd., Artikel VII, Sektion 5.

³⁰ ebd., Sektion 17.

³¹ ebd., Artikel VIII, Sektion 1.

Auf der anderen Seite schien es, dass das Konzept der Demokratie von den einheimischen Filipinos während der spanischen Kolonial-Ära weder begrüßt noch praktiziert wurde. Wie schon dargelegt, war ein Regierungssystem vorhanden, obwohl die Basis der Autorität, das „göttliche Recht“ der Herrscher und die passive Untertänigkeit, nicht dem Willen der Mehrheit der Bevölkerung entsprach. Es ist deshalb erstaunlich, dass die erste philippinische Verfassung eine ausdrückliche Verordnung darüber enthielt, dass die „Souveränität ausschließlich beim Volk liegt“³². Darüber hinaus bestimmte Artikel 82 auf lokaler Ebene, dass „die Regierung und die Verwaltung entlastet werden von den speziellen Interessen der Provinz oder der Stadt durch ihre jeweiligen Organe, indem *das Prinzip der direkten Wahlen und Volkswahlen, als der Basis, die jedem von ihnen zugrunde liegt, gilt.*“³³ Und man bedenke, dass diese Konzepte eingeführt worden waren, bevor die Amerikaner die Kontrolle über das Land übernahmen.

Unsere nachfolgenden Verfassungen bestätigten das Konzept der Demokratie. In der Verfassung von 1935 wurde das erste Staatsprinzip ausgedrückt: „Die Philippinen sind ein republikanischer Staat. Die Souveränität liegt beim Volk und alle Befugnisse der Regierung werden von ihm erteilt.“³⁴ Die Verfassung von 1973 sah eine ähnliche Bestimmung vor,³⁵ fügte aber eine vorrangige Aufgabe und Pflicht für jeden Bürger hinzu:

„Es ist die Pflicht des Bürgers, der Republik gegenüber loyal zu sein und die philippinische Flagge zu ehren, den Staat zu verteidigen und zu seiner Entwicklung und seinem Wohlstand beizutragen, die Verfassung zu ehren und die Gesetze zu befolgen und mit den ordnungsgemäßen verfassungsmäßigen Behörden zu kooperieren, um eine gerechte und geordnete Gesellschaft zu erreichen.“³⁶

Ihrerseits wiederholte die Verfassung von 1987 nicht nur die Konzepte, die die Souveränität und Staatsbefugnisse betreffen, sondern hob hervor, dass das Land nicht nur ein republikanischer, sondern genauso ein demokratischer Staat sei.³⁷ Das Wort „demokratisch“ wurde von den Autoren als Hommage an die Volksrevolution im Februar 1986 eingefügt, die dem Volk seine Freiheit zurückeroberte.³⁸ Aber während das Land im Großen und Ganzen eine repräsentative Demokratie ist, institutionalisierte die Verfassung zwei Instanzen der direkten Demokratie. Durch Bürgerbegehren und Referenden kann das Volk Gesetze direkt vorschlagen und erlassen oder jeden Akt oder jedes Gesetz oder Teile davon genehmigen oder ablehnen, das vom Kongress oder von einem regionalen legislativen Gremium nach der Registrierung eines Gesuchs genehmigt wurde. Hierzu werden die Unterschriften von mindestens *zehn Prozent* aller registrierten Wähler benötigt, wobei jeder legislative Distrikt mit mindestens *drei Prozent* seiner registrierten Wähler vertreten sein muss.³⁹ Das Ermächtigungsgesetz für dieses Recht ist der Republic Act No. 6735, auch bekannt als Referendumsgesetz. So können auch Änderungen der Verfassung direkt vom Volk durch ein Bürgerbegehren vorgeschlagen werden, wenn dies von mindestens *zwölf Prozent* aller registrierten Wähler unterstützt wird, wobei in jedem legislativen Distrikt mindestens *drei Prozent* der registrierten Wähler das Volksbegehren unterstützen müssen.⁴⁰ Der im Vergleich zum zuvor beschriebenen Mechanismus bei Gesetzgebungsverfahren größere Prozentsatz an Stimmen, die nötig sind, um direkte Verfassungsänderungen vorzuschlagen, wird hier offensichtlich.

Die Erkenntnis, dass Volkssouveränität die Basis der Demokratie ist, drückt sich in der Macht des Volkes aus, auf die Gesetzgebung und auf Verfassungsänderungen Einfluss nehmen zu können. Ein solcher Prozess ist in Artikel XVII mit dem Titel „Änderungen oder Revisionen“ formuliert, der Folgendes bestimmt: „Jede Änderung oder

³² Verfassung der Republik der Philippinen von 1899, Artikel 3, Titel I.

³³ ebd., Artikel 82(1), Titel XI.

³⁴ Verfassung der Republik der Philippinen von 1935, Artikel II, Sektion 1.

³⁵ Verfassung der Republik der Philippinen von 1973, Artikel II, Sektion 1.

³⁶ ebd., Artikel V, Sektion 1.

³⁷ Verfassung der Republik der Philippinen von 1987, Artikel II, Sektion 1.

³⁸ Joaquin Bernas, „The 1987 Philippine Constitution, A Comprehensive Reviewer“, 2006, 12.

³⁹ Verfassung von 1987, Artikel VI, Sektionen 1 und 32.

⁴⁰ ebd., Artikel XVII, Sektion 2.

Revision der Verfassung muss vorgeschlagen werden vom (1) Kongress, nach Abstimmung von drei Viertel seiner Mitglieder, (2) Verfassungskonvent⁴¹ oder (3) von einem Volksbegehren.⁴² Änderungen, die eine einzelne Passage der Verfassungsbestimmungen betreffen, können eine Umgestaltung des ganzen Dokuments oder weitreichende Änderungen zur Folge haben.

Wahlrecht

Die Verfassung beinhaltet außerdem das Wahlrecht. Das Wahlrecht kann von allen philippinischen Staatsbürgern ausgeübt werden, falls sie nicht anderweitig vom Gesetz ausgeschlossen sind, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und die mindestens ein Jahr auf den Philippinen und mindestens in den sechs der Wahl vorausgehenden Monate ohne Unterbrechung in dem Ort wohnten, in dem sie zu wählen beabsichtigen.⁴³ Die Verfassung sieht ferner folgende Sicherheitsmaßnahmen vor, um die Unantastbarkeit des Wahlvorgangs zu schützen, da eine dynamische Demokratie auf jede Stimme angewiesen ist:

- Weder Bildung noch Eigentum noch andere substantielle Voraussetzungen sind für die Ausübung des Wahlrechts notwendig.
- Der Kongress muss ein System zur Gewährleistung der Geheimhaltung und Unantastbarkeit der geheimen Wahl sowie ein System zur Briefwahl für die wahlberechtigten Filipinos im Ausland bereitstellen. Letzteres wurde mit der Passage des Republic Act No. 9189 erfüllt, der am 10. Februar 2003 erlassen wurde.
- Der Kongress soll ein Wahlverfahren ermöglichen, dass Behinderten und Analphabeten erlaubt, ohne die Hilfe anderer Personen zu wählen.⁴⁴

Wahlkommission

Um zu gewährleisten, dass die Stimmen ordnungsgemäß ausgezählt und die Wahlen in freier und fairer Atmosphäre abgehalten werden, gründete die Verfassung

außerdem eine unabhängige Wahlkommission (COMELEC).⁴⁵ Um deren Unabhängigkeit zu gewährleisten, wurden folgende Bestimmungen verabschiedet:

- Das Einkommen ihrer Mitglieder ist gesetzlich festgelegt und wird während ihrer Amtszeit nicht gemindert.
- Die Kommission ist ermächtigt, ihre Beamten und Angestellten nach Gesetz einzusetzen.
- Die Kommission genießt steuerliche Autonomie und ihre bewilligten Mittelzuweisungen werden automatisch und regelmäßig freigegeben.
- Die Kommission ist ermächtigt, ihre eigenen Verfahrensregeln aufzustellen.⁴⁶

Die COMELEC ist mit administrativer, quasi-legislativer und quasi-judikativer Macht ausgestattet. Ihre Aufgabe ist es auch, in Absprache mit dem Kongress, wirksame Maßnahmen zur Verringerung des Wahlaufwandes zu ergreifen sowie alle Formen des Wahlbetrugs, Wahlverstöße, Wahlmissbrauch und störende Kandidaten auszuschließen und zu bestrafen.⁴⁷

Spezielle Wahltribunale

Bei die Präsidentschaft und Vizepräsidentschaft betreffenden Wahlprotesten ist der Oberste Gerichtshof, als präsidiales Wahltribunal, laut Verfassung beauftragt, der alleinige Richter über die Auseinandersetzungen bezüglich der Wahlen, Ergebnisse und Qualifikationen des Präsidenten oder Vizepräsidenten zu sein.⁴⁸ Der Senat und das Repräsentantenhaus verfügen über dieselben Mittel, um über die Angelegenheiten ihrer Mitglieder zu urteilen. Diese Tribunale bestehen aus neun Mitgliedern, von denen drei Richter des Obersten Gerichtshofs sind und vom Obersten Richter ernannt werden, und die übrigen sechs Mitglieder aus dem Senat oder dem Repräsentantenhaus stammen, die gegebenenfalls mit einer Verhältniswahl von den politischen Parteien und den Parteien oder Organisationen, die in dem Parteilistensystem vertreten sind, gewählt werden. Der

⁴¹ ebd., Artikel XVII, Sektion 1.

⁴² ebd., Sektion 2.

⁴³ ebd., Artikel V, Sektion 1.

⁴⁴ ebd., Artikel 1 und 2.

⁴⁵ ebd., Artikel IX-A, Sektion 1.

⁴⁶ ebd., Artikel IX-A, Sektionen 3 bis 6.

⁴⁷ ebd., Artikel IX-C, Sektion 2.

⁴⁸ ebd., Artikel VII, Sektion 4.

Seniorrichter des Wahltribunals ist dessen Vorsitzender.⁴⁹

Mehrparteiensystem

Eine der Innovationen, die mit der Verfassung im Jahre 1987 eingeführt wurde, war die Gründung eines Mehrparteiensystems. Im Unterschied zum Zweiparteiensystem (Liberalen und Nationalistische Partei) nach dem Vorbild der Vereinigten Staaten, was die Norm auf den Philippinen war, bis Präsident Marcos das Kriegsrecht erklärte, wurde in der aktuellen Verfassung ein freies und offenes Parteiensystem, das sich aus der freien Wahl des Volkes herausbildet, vertreten.⁵⁰ Darüber hinaus ist die Zusammensetzung des Repräsentantenhauses nicht länger auf die Distriktvertreter begrenzt, sondern umfasst auch Repräsentanten der Parteiliste der registrierten nationalen, regionalen und sektoralen Parteien oder Organisationen, die *zwanzig Prozent* der Gesamtzahl der Mitglieder dieses Hauses ausmachen sollen.⁵¹ Diese Initiative führte zur Gründung von einigen neuen politischen und sektoralen Parteien. Im Vergleich zu früher basieren diese Parteien allerdings bedauerlicherweise auf einzelnen Persönlichkeiten und nicht auf Ideologien, so dass die Funktionsfähigkeit der Partei permanent von der Popularität ihrer politischen Führungspersonen abhängig ist.

Ergänzende Konzepte

Es ist ziemlich offensichtlich, dass die Autoren das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als eine gegenseitige Verstärkung ansahen. Das eine zu stärken bedeutet das andere zu verbessern. Sie erkannten an, dass „die Erhaltung von Frieden und Ordnung, der Schutz von Leben, Freiheit und Eigentum und die Förderung eines allgemeinen Wohlstandes unerlässlich für die Nutznießung aller Menschen an den Errungenschaften der Demokratie ist.“⁵²

C RECHTSSTAATLICHKEIT IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

I. Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts/Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten, die freiheitsschützenden Elemente betonenden Interpretation der Rechtsstaatlichkeit oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

II. Erkennt das Verfassungsgericht die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips an? Wenn Letzteres zutrifft, welche Auswirkungen hat das a) für das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den politischen Gewalten und b) das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative?

III. Inwieweit werden die Grundrechte als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen? Sofern sie als Elemente der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, gilt dies auch für die „politischen“ Grundrechte, d.h. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit?

IV. Hat das Verfassungsgericht/der Oberste Gerichtshof die Elemente definiert, die Bestandteil des Demokratieprinzips sind? Welche sind diese Elemente? Werden sie weit oder eher eng ausgelegt?

V. Definiert das Gericht das Prinzip der Volkssouveränität? Sofern dies der Fall ist, folgt es dem Konzept der uneingeschränkten Volkssouveränität oder eher einem Konzept, das die Volkssouveränität der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung sowie der gerichtlichen Kontrolle unterwirft?

VI. Wird in der Rechtsprechung des Gerichts das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesprochen? Falls ja, wird dieses Verhältnis eher als Komplementär- oder als Spannungsverhältnis gedeutet?

⁴⁹ ebd., Artikel VI, Sektion 17.

⁵⁰ ebd., Sektion 6.

⁵¹ ebd., Artikel VI, Sektion 5.

⁵² ebd., Sektion 5.

Judikative Macht

Außer der Macht, aktuelle Kontroversen zu schlichten, indem die rechtmäßig anzuwendenden einforderbaren und vollstreckbaren Rechte angewendet werden, wurde dem Obersten Gerichtshof durch die Verfassung von 1987 auch die zusätzliche Macht verliehen, festzustellen, ob es einen gravierenden Amtsmissbrauch durch eine der Gewalten oder durch Regierungskräfte gegeben hat, der auf eine Beugung des Rechtswesens zurückzuführen ist.⁵³ Der erste Teil gehört zum traditionellen Konzept der judikativen Macht, während der zweite Teil eine Ausweitung dieser Macht bedeutet. Es wurde auf diese Weise nicht nur beabsichtigt, Missbrauch der politischen Instrumente – wie während der Phase des Kriegsrechts geschehen – zu verhindern, sondern auch, die Justizgerichte zu letztinstanzlichen Schiedsrichtern zu machen, die die Macht und die Befugnisse der Vertreter und der Ämter der Regierung sowie der Regierungsbeamten einschränken können.⁵⁴

Die Judikative, für gewöhnlich als die „schwächste“ der drei Regierungsgewalten eingeschätzt,⁵⁵ erhält durch diese neuen Bestimmungen – und hier speziell der speziell der Oberste Gerichtshof – die Macht, in ansonsten traditionell verbotene Bereiche – die Entscheidungen der politischen Gremien der Regierung – einzudringen. Um den Geltungsbereich seiner neuen Macht zu verdeutlichen, bestimmte das Gericht, dass „ein Aspekt eher rechtlich als politisch ist, wenn die Frage der Rechtmäßigkeit und nicht das Wissen um die angeklagte Tat von Bedeutung ist. Sogar wenn die Angelegenheit politischer Natur wäre, fiele sie dennoch in den Bereich umfassender Rechtsprechung, auf die Gerichte durch Artikel VIII, Sek. 1 der Verfassung übertragen, der die Amtsbefugnis beinhaltet, zu bestimmen, ob ein Vertreter oder eine Institution der Regierung einen gravierenden Ermessensmissbrauch begangen hat.“⁵⁶ Mit anderen Worten, das Gericht überprüft nicht die Weisheit, Güte oder Richtigkeit

einer politischen Regierungshandlung, sondern schlägt sie nur aus zwei Gründen nieder: (1) Verfassungswidrigkeit oder Rechtswidrigkeit und (2) Ermessensmissbrauch.⁵⁷

Aber welche Handlungen werden als gravierender Ermessensmissbrauch bezeichnet? Welche Standards soll das Gericht verwenden, um solche Handlungen zu beurteilen? Es ist offensichtlich, dass die Bedeutung des Ausdrucks dehnbar ist und dass er je nach persönlicher Auffassung der Rechtsprechung ausgeweitet und verengt werden kann. Richter Isagani Cruz bemerkte richtig:

„Ein durchsetzungsfähiger und politisch aktiver Oberster Gerichtshof mischt sich wohl offen in den Bereich der politischen Fragestellungen ein und fordert das Recht, sich selbst hier einbringen zu können, auch wenn er riskiert, andere Organe gegen sich aufzubringen. Auf der anderen Seite wird eine ängstliche Rechtsprechung sich an die Konventionen klammern und im Interesse der Harmonie und Sicherheit oder vielleicht ihres eigenen Vorteils entscheiden, und sich aus Angst nicht beeilen.“⁵⁸

Gesetz oder Gerechtigkeit

Es wurde oft gefragt, ob die philippinischen Gerichte Recht auf der Basis des Gesetzes oder auf der Basis der Gerechtigkeit sprechen. Sollen sie als „Ausdruck des Gesetzes“ gesehen werden, auch wenn solch eine buchstäbliche Anwendung zu einer unfairen Situation führen würde und dem „Geist“ oder Zweck möglicherweise zuwiderliefen? Der Oberste Gerichtshof antwortete auf diese Frage, indem er seine Regeln sowohl auf die Grundlage des Gesetzes als auch der Gerechtigkeit stellte. Eine seiner Entscheidungen kommentierte der frühere Oberste Richter Artemio Panganiban:

„Der Oberste Gerichtshof ist nicht bloß ein zahnloser Förderer der prozessualen Feinheiten, die nur von Anwälten und Juristen verstanden und geschätzt werden. Er kann sich nicht vor seiner wesentlichen Rolle als der Ursprung einer schnellen, adäquaten

⁵³ ebd., Artikel VIII, Sektion 1.

⁵⁴ Bilanz der Verfassungskommission, Volume I, 434-436.

⁵⁵ Francisco v. House of Representatives, GR No. 160261, 10. November 2003, J. Panganiban opinion.

⁵⁶ Daza v. Singson, 180 SCRA 496 (1989).

⁵⁷ Santiago v. Guingona, GR No. 134577, 18. November 1998.

⁵⁸ Cruz, 232.

und substanziellen Justiz drücken. Wenn sich das Gericht als Kopf und Wächter der judikativen Gewalt das Maß an Vertrauen und an Überzeugung kontinuierlich verdienen muss – was im Grunde die Quelle seiner Macht und Souveränität ist – und wenn es sich seiner heiligen Pflicht als letzter Zufluchtsort der Unterdrückten und der Schwachen entsagen muss, dann muss es in entsprechenden Fällen, wie in dem gerade aktuellen, ermüdende Prozesse mit schneller und gerechter Unterstützung proaktiv fördern, frei von Verspätungen und rechtlichen Verzerrungen, die oft aus den rein formalen und prozessualen Anwendungen resultieren.⁵⁹

D DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

I. Rechtsstaatlichkeit in der Praxis

Inwieweit ist die Rechtsstaatlichkeit in Ihrem Land erfolgreich verwirklicht, insbesondere mit Blick auf a) die Achtung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die politischen Gewalten und b) die Bereitschaft der politischen Gewalten, Gerichtsentscheidungen, die ihre Befugnisse beschneiden, zu befolgen und umzusetzen?

In unserem Land sind alle notwendigen Bedingungen für Rechtsstaatlichkeit gegeben: von der Regierung vorgegebene traditionelle Rahmenbedingungen mit Gewalten, die ordnungsgemäß aufgeteilt sind, und ein Mechanismus, der Missbrauch verhindert. Untersuchungen von Seiten der Legislative über Klagen der Exekutive sind gang und gäbe. Um ein Beispiel aus jüngster Zeit zu bringen: So hat das Senatskomitee einen vermeintlich unseriösen Vertrag untersucht, den die Regierung mit einem chinesischen Unternehmen über die Lieferung von Equipment für die Telekommunikation geschlossen hatte, wie es die Rechenschaftspflicht der Regierung („Blue Ribbon“ Komitee) erfordert. Der Senat forderte Romulo Neri, den Generaldirektor der National Economic Development Authority (NEDA), auf, Details dieser Transaktion zu klären. Anfangs zeigte sich Neri kooperativ, verweigerte aber später die Antwort unter Berufung auf die Doktrin des exeku-

tiven Privilegs drei Fragen, die den Präsidenten betrafen. Der Senat war der Überzeugung, dass solch eine Handlung ein Eingriff in seine Macht sei, die Untersuchungen mit Hilfe der Legislative⁶⁰ zu leiten, und klagte Neri des Missbrauchs an und verlangte seine Inhaftierung. Der Beklagte brachte daraufhin den Sachverhalt vor den Obersten Gerichtshof. Mit einer 8:6-Entscheidung⁶¹ bestätigte das Gericht, dass Neri sich zu Recht auf das exekutive Privileg berufen hat. Diese Entscheidung wurde gerechtfertigterweise von den Medien und der Akademie kritisiert, besonders deswegen, weil sieben von den acht Personen, die über den Mehrheitsbeschluss abstimmten, kurz zuvor noch Beauftragte des Präsidenten gewesen waren. Der Senat vertagte die Urteilsverkündung und sah von einer Inhaftierung Neris ab. Nichtsdestotrotz steht eine nochmalige Prüfung, vom Senat eingereicht, von Seiten des Gerichts aus.

Die individuellen Rechte sind explizit benannt und bestimmt und die Gerichte sind sowohl bereit als auch fähig, bei Rechtsverletzungen einzugreifen und diese zu ahnden. Seiner Macht entsprechend, Anordnungen zu erlassen, die dem Schutz und der Durchsetzung von Verfassungsrechten dienen,⁶² erließ der Oberste Gerichtshof kürzlich die Verfügung von Amparo, die ein Rechtsmittel für jede Person darstellt, deren Leben, Freiheit und Sicherheit durch eine gesetzeswidrige Handlung oder durch die Unterlassung eines Repräsentanten des Staates oder einer Privatperson oder eines Unternehmens verletzt oder bedroht sind.⁶³

Die Verfügung ist umfassender angelegt als ihre Pendants in anderen Ländern, weil sie nicht nur vor aktuellen Rechtsverletzungen schützt, sondern auch vor Rechtsverletzungsbedrohungen, was nicht nur die gesetzeswidrigen Handlungen oder Unterlassungen der Staatsbeamten und -angestellten abdeckt, sondern auch die von Privatpersonen oder privaten Organisationen begangenen Vergehen. In den lateinamerikanischen Ländern mit Aus-

⁵⁹ *Leonor v. Court of Appeals*, G.R. No. 112597, 2. April 1996.

⁶⁰ Verfassung von 1987, Artikel IV, Sektion 21.

⁶¹ *Neri v. Senate*, GR No. 180643, 25. März 2008.

⁶² Verfassung von 1987, Artikel VIII, Sektion 5(5).

⁶³ *The Rule on the Writ of Amparo*, A.M. No. 07-9-12-SC, 25. September 2007.

nahme von Kuba wurde die Verfügung in die Verfassung aufgenommen, um vor einem Missbrauch der Menschenrechte zu schützen – besonders während der Zeiträume, als die genannten Länder von Diktaturen regiert wurden.⁶⁴

Abgesehen von *Amparo* verabschiedete das Gericht außerdem Gesetze, die mit der Verfügung *Habeas Data* im Zusammenhang stehen, die Regierungs- und Militärbeamte dazu verpflichtet, den Familien der verschwundenen Opfer Zugang zu offiziellen Dokumenten zu gestatten unter Berufung auf das „Recht auf Wahrheit.“⁶⁵

Allerdings deckt sich das, was auf dem Papier gut aussieht, noch lange nicht mit dem, was in der Realität geschieht. Die Rechtsstaatlichkeit steht weiterhin vor immensen Herausforderungen:

1. Korruption

Wegen der großen Ungleichheit bei den Entschädigungen zwischen denen, die auf dem privaten und dem öffentlichen Sektoren tätig waren, insbesondere in mittleren und hohen Positionen, sind Korruptionsbeschuldigungen sehr weit gestreut. Und diese Beschuldigungen entbehren nicht jeder Grundlage. Ein hiermit verbundenes Problem ist der zunehmend aufkommende Verdacht, die Justizverwaltung würde mit zweierlei Maß messen – einem Maß für die, die über Mittel verfügen, um das System zu ihren Gunsten arbeiten zu lassen, und ein anderes Maß für alle anderen, die nicht über solche Mittel verfügen.

2. Rekrutierung geeigneter Bewerber

Da die Einkommen dort niedrig und die Arbeitsbedingungen schlecht sind, so arbeiten im Dienste der Regierung fast nur wahre Idealisten oder Menschen, die unfähig sind, woanders eine Arbeit zu finden. Eine dritte Gruppe sind die – wie unter Punkt 1. erläutert –, die nicht der Öffentlichkeit dienen wollen, sondern nur sich selbst. Zu den Herausforderungen für die Regierung gehört es demnach nicht nur, kompetentes Personal einzustellen, son-

dern zu gewährleisten, dass es außerdem rechtschaffen ist.

3. Mangel an Mitteln

Die zwei oben genannten Herausforderungen werden noch durch die Tatsache erschwert, dass die Regierung über nur sehr geringe Finanzmittel verfügt. Der Beamtenapparat ist nicht nur unterbesetzt, es fehlt auch an der notwendigen Ausstattung und Technologie, um mit den Hunderten und Tausenden Fällen und Beschwerden, für die jährlich die verschiedenen Gerichte und Staatsanwaltschaften im ganzen Land bemüht werden, fertig zu werden.

II. Demokratie in der Praxis

Inwieweit ist die Demokratie in Ihrem Land verwirklicht, insbesondere mit Blick auf den Schutz und die Förderung a) eines echten Mehrparteien-Systems und b) die in regelmäßigen Abständen erfolgende Organisation und Überwachung freier und fairer Wahlen unter der Kontrolle unabhängiger Wahlkörperschaften?

Wenn man den Zustand einer Demokratie am politischen Diskurs misst, ist die Demokratie auf den Philippinen gesund und munter. Jeder Filipino ist im Großen und Ganzen frei, sich auszudrücken. Die philippinischen Medien zählen zu den freiesten in Asien und haben einen großen Spielraum, über aktuelle Ereignisse zu berichten. Aber es gibt auch Bedrohungen für die Demokratie im Land.

1. Verschwinden/Ermordungen von Journalisten

Die Möglichkeit der Medien, über aktuelle Ereignisse frei zu berichten, wird von ungelösten Fällen getrübt, in denen Journalisten auf unerklärliche Weise verschwunden sind. Was das Problem noch weiter verkompliziert, ist die noch unbestätigte Verwicklung einiger Mitglieder der Armee und nationalen Polizei an diesen Fällen. In dieser Hinsicht hat die neu ernannte Vorsitzende der Kommission für Menschenrechte (CHR) gelobt, dass „der Wahrheit auf den Grund gegangen wird und dass die Fälle abgeschlossen werden, denn die Bevölkerung wartet auf Antworten“. Sie sieht die CHR als eine proaktive Organisation, die,

⁶⁴ Oberster Gerichtshof der Philippinen, Benchmark Online, September 2007.

⁶⁵ The Rule on the Writ of Habeas Data, A.M. No. 08-1-16-SC, 22. Januar 2008.

mit „jeder institutionellen Freiheit ausgestattet“, den Schutz der Menschenrechte zum Anliegen aller machen wird.⁶⁶

2. Rigoroses Beleidigungsgesetz

Die Tatsache, dass Beleidigung ein kriminelles Vergehen auf den Philippinen ist, wirkt abschreckend auf unsere Journalisten. Da sie der Gefahr ausgesetzt sind, durch ihre Arbeit möglicherweise notgedrungen eine kriminelle Handlung zu begehen, derer sie überführt werden können, schrecken einige ihnen davor zurück, ihre Reporterrolle unerbittlich auszuführen. Erfreulicherweise gibt es zurzeit im Kongress eine Bewegung, die ein Gesetz durchsetzen möchte, das die Beleidigung entkriminalisiert.

Aber es gibt eine Kehrseite dieses Problems. Während es ziemlich einfach ist, Beleidigungsklagen gegen Medienvertreter vorzubringen, werden letztendlich nur wenige schuldig gesprochen. Dies geschieht hauptsächlich aus dem Grund, weil die Gerichte die Macht der Medien fürchten, die oft als die vierte Regierungsgewalt bezeichnet werden. Somit gibt es im Grunde kein wirksames Mittel, diffamierende Berichterstattung zu unterbinden – man kann nur an den Sinn für Verantwortlichkeit und Fairness der Medienvertreter appellieren.

3. Wahlen

Wie oben erwähnt, bietet die Verfassung das institutionelle Rahmenwerk für die Durchführung von sauberen, ehrenhaften, friedlichen und ordnungsgemäßen Wahlen mit einer unabhängigen Wahlkommission (COMELEC), die hauptsächlich damit beauftragt ist, diese wichtigen Punkte zu gewährleisten. Aber auf dem Weg zu diesem Ziel gibt es einige Hindernisse zu überwinden. Zum Beispiel bleibt die Glaubwürdigkeit und Unparteilichkeit der COMELEC als Institution fragwürdig. In diesem Lichte müssen die immer noch ungelösten Vorwürfe gesehen werden, dass die Präsidentschaftswahlen im Jahr 2004⁶⁷ manipuliert wurden, sowie die fragwürdige Beteiligung des früheren Vorsitzenden der COMELEC

an einem unseriösen Vertrag mit einem chinesischen Ausrüster⁶⁸, wie im Bericht oben erwähnt.

Ein zweites Hindernis ist die augenscheinliche Unfähigkeit der COMELEC, ein automatisches System der Stimmenzählung bei Wahlen per gesetzlicher Anordnung einzuführen. Dies führt einige Parteien zu der Annahme, dass hierdurch einige skrupellose COMELEC-Beamte geschützt werden sollen, die möglicherweise bei der Manipulation von Wahlergebnissen helfen.

III. Falls es Defizite in Bezug auf I. oder II. gibt, was sind die Ursachen für diese Defizite? Würden Sie sagen, dass die Implementierung des einen oder des anderen Prinzips in Ihrem Land weiter vorangeschritten ist? Falls ja, was sind die Gründe für den unterschiedlichen Implementierungsgrad? Welche Wechselwirkungen zwischen beiden Prinzipien lassen sich in Ihrem Land beobachten? Was sind die Konsequenzen dieser Wechselwirkung für die Implementierungsfrage?

DEMOKRATIE VERSUS RECHTSSTAATLICHKEIT?

Zwei Ereignisse in der neueren Geschichte der Philippinen illustrieren einen potenziellen Konflikt dieser zwei Konzepte.

Nach 20-jähriger Herrschaft beugte sich Präsident Marcos dem internationalen Druck und entschied, Blitzwahlen einzuberufen. Er trat gegen Corazon Aquino an, die Frau des ermordeten Oppositionellen Benigno Aquino. Ungeachtet der während der Wahlen aufgetretenen Unregelmäßigkeiten erklärte die Nationalversammlung *Batasang Pambansa* Marcos als Gewinner. Im Glauben, dass Aquino die Wahlen gewonnen hatte, traten der Sekretär der Nationalen Verteidigung und der Generalstab der Streitkräfte von ihren Ämtern zurück und riefen das Volk und die Streitkräfte auf, Aquino zu unterstützen. Dies führte im Jahr 1986 zu der unblutigen EDSA⁶⁹-Volksrevolution, die Marcos ins Exil schickte. Der wieder eingesetzte Oberste Ge-

⁶⁶ So Leila de Lima bei ihrem Amtseid bei der Übernahme des CHR-Vorsitzes am 14. Mai 2008.

⁶⁷ Dies bezieht den früheren Kommissar der COMELEC, Virgilio Garcillano, ein.

⁶⁸ Dies bezieht den früheren Vorsitzenden der COMELEC, Benjamin Abalos, ein.

⁶⁹ EDSA steht für Epifanio De Los Santos Avenue, die Hauptverkehrsstraße in der Hauptstadt Manila.

richtshof hatte anschließend die Legitimität der Regierung von Aquino zu prüfen und kam zu dem Urteil, dass sie eine De-jure-Regierung war, weil sie „von der Autorität der Volkssouveränität der Filipino eingerichtet wurde, auch wenn sie die Macht nicht gemäß der damals gültigen Verfassung übernahm.“⁷⁰

1998 wurde Joseph Estrada mit einer mehr als 40%igen Mehrheit der Stimmen zum Präsidenten gewählt – die größte Mehrheit in der Geschichte der Philippinen. Im Jahre 2000 wurde erhob der philippinische Senat Anklage gegen ihn wegen des Verdachts von Korruption. Während dieses Prozesses verließen die Staatsanwälte das Verfahren, weil sie die Mehrheit der Senatoren für befangen zugunsten Estrada hielten. Dies veranlasste die Menschen in der Hauptstadt Manila, sich noch einmal auf der EDSA zu versammeln, um die Amtsenthebung zu fordern. Schlüsselmitglieder des Kabinetts gaben auf und die Oberbefehlshaber der Streitkräfte und der nationalen Polizei verweigerten ihre Unterstützung. Estrada räumte seinen Amtssitz. Daraufhin leistete seine Vizepräsidentin, Gloria Macapagal Arroyo, ihren Eid als Präsidentin vor dem Obersten Richter und einigen Richtern des Obersten Gerichtshofs. Estrada ließ später in einem Prozess klären, ob ihr Eid rechtmäßig war. Obwohl keine absolute Einigkeit darüber erzielt werden konnte, entschied der Oberste Gerichtshof, dass Estrada „aufgegeben“ habe, indem er sein Amt niedergelegt und die Vizepräsidentin somit ermächtigt habe, die Präsidentschaft zu übernehmen. Diese Einschätzung der Richter beruhte auf zwei Aussagen, die Estrada gemacht hatte, kurz bevor er den Malacañang-Palast verlassen hatte, sowie auf den Kalendereintragungen seiner Privatsekretärin.⁷¹

SCHLUSSFOLGERUNGEN

Welches sind die Schlussfolgerungen, die aus den Ausführungen unter A. bis D. für die Frage gezogen werden können, ob in der Arbeit nationaler und internationaler Einrichtungen der Entwicklungskooperation Rechtsstaatsprogrammen der Vorzug vor

der Förderung demokratischer Reformen gegeben werden sollte?

Im Hinblick auf Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind die Philippinen in dem Sinne einzigartig, dass unser aktuelles rechtliches Rahmenwerk auf der Grundlage des asiatischen Gedankenguts und Wertesystems beruht, das von Katholizismus und der spanischen Kultur geprägt und in Anlehnung an das amerikanische Regierungssystem – die demokratischen Prinzipien anstrebend – gestaltet wurde. Während die Rechtsstaatlichkeit immer schon Tradition war, wurden die Konzepte der Demokratie und Freiheit vom Westen inspiriert (obwohl es durchaus legitim ist, darüber zu spekulieren, dass dies ein natürliches Bedürfnis der Filipinos ist und ohnehin früher oder später verwirklicht worden wäre).

Wenn man aber die allgemeine Mentalität und Kultur der Menschen betrachtet, die auf den Philippinen oder in anderen asiatischen Ländern beheimatet sind, ist das Bedürfnis nach Rechtsstaatlichkeit größer als das nach Demokratie. In der Tat scheinen die Asiaten an ein Leben mit nur wenigen Rechten gewöhnt zu sein, und selbst diese wenigen Rechte wären sie bereit, für ökonomische Verbesserungen zu opfern. Wenn wir die Entwicklung der so genannten Tigerökonomien betrachten, wurde wirtschaftlicher Fortschritt schneller in den Ländern erreicht, die von wohlwollenden autoritären Regimen regiert wurden. Wie man es allerdings gewährleisten soll, dass ein autoritäres Regime wohlwollend bleibt, das ist ein gänzlich anderes Thema.

Man kann behaupten, dass die Philippinen sowohl in der Theorie als auch in der Praxis die Vorreiter in Asien waren und sind, was die westlich orientierte Demokratie betrifft. Und das Land hat seine Nachbarn in der wirtschaftlichen Entwicklung überholt. Man kann sich allerdings fragen, ob Demokratie für jeden Gültigkeit hat –vielleicht ist das, was für die Mehrheit gut ist, nicht unweigerlich für jeden Einzelnen gut; vielleicht sind einige Gesellschaften noch nicht bereit für die Verantwortung, die Demokratie auch bedeutet; vielleicht passt Demokratie eher zu Gesellschaften, die ein bestimmtes Niveau an wirtschaftlicher Entwicklung erreicht haben.

⁷⁰ In re Letter of Associate Justice Puno, 210 SCRA 589 (1992).

⁷¹ *Estrada v. Arroyo*, GR No. 146738, 2. März 2001 und 3. April 2001 (Antrag auf Nachprüfung).

Das zuvor Gesagte lehrt uns, dass internationale Entwicklungsorganisationen ihre Programme an die einmaligen landestypischen Charakteristika und spezifischen Bedürfnisse der jeweiligen Länder anpassen sollten. Sie sollten der Versuchung widerstehen, „vorgefertigte“ Lösungen zu verwenden. In Asien zum Beispiel würde es nicht „sicherer“ für internationale Entwicklungsorganisationen sein, in Rechtsstaatlichkeitsinitiativen zu investieren, nur weil der Bedarf an Rechtsstaatlichkeit grundlegender zu sein scheint als der Bedarf an Demokratie. Ein alternativer Handlungsansatz für die Philippinen wäre die Durchführung von Programmen, die die Menschen darin unterstützen, sachkundige Urteile fällen zu können, um unseren Institutionen und dem demokratischen Prozess zu helfen.

RUMÄNIEN

Prof. Dr. Iulia Motoc

A VERFASSUNGSGESCHICHTE

I. Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in Ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

Das Konzept der Rechtsstaatlichkeit genoss wenig Anerkennung und erforderte nur mäßige thematische Vertiefung zur Zeit der Verabschiedung der Rumänischen Verfassung im Dezember 1991. Das Konzept war der allgemeinen Öffentlichkeit wie auch der neu entstehenden sowie der alten politischen Elite so gut wie unbekannt. Auch wenn die Verfassungen davor aus der Zeit der kommunistischen Ära in den Jahren 1948, 1952 und 1965 die Rechtsstaatlichkeit als Grundprinzip innerhalb der sozialistischen Gesellschaft festgelegt hatten, war diese bloß eine Fiktion. Ein Aspekt, der in dieser Hinsicht allgemein übersehen wird, ist die Tatsache, dass die sozialistischen Staaten von der Inkongruenz und der Inkonsistenz zwischen formellem Recht und tatsächlichem Recht geprägt waren. Ein weiterer wichtiger Aspekt, der ebenfalls oftmals übersehen wird, war die Schwäche der Rechtsstaatlichkeit besondere während der letzten Phase des kommunistischen Regimes.¹ Wenngleich dies in Westeuropa eher seltener thematisiert wird, so wurde in der letzten Phase des kommunistischen Regimes Korruption auf vielen Gebieten immer offenkundiger und unverhohlener als zuvor praktiziert.² Während in Westeu-

ropa die Rechtsstaatlichkeit der Demokratie vorausging, gab es im Fall Osteuropas eine zunächst dürftige demokratische Entwicklung, die während der Zwischenkriegszeit geduldet wurde, die aber kaum von einer soliden Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit flankiert wurde.³ Der Raum, den die Rechtsstaatlichkeit in der rumänischen Verfassung einnimmt, ist eher auf einen Import *en gros, in corpore* der Verfassungsformen zurückzuführen, ohne dass die Prinzipien ein solides Fundament in der Gesellschaft gehabt hätten und ohne dass sie das Resultat authentischer nationaler Debatten gewesen wären.

II. Welches war das Demokratieverständnis, von dem sich die Autoren der Verfassung leiten ließen? Wie wurde insbesondere die Volkssouveränität als Grundlage der Demokratie aufgefasst? Wurde sie als ursprüngliche und uneingeschränkte Gewalt des Volkes angesehen oder als eine Gewalt, die im Hinblick auf die verschiedenen Formen ihrer Ausübung (Verfassungsreferenden, Volksabstimmungen, Wahlen) einer Regulierung bzw. Verrechtlichung zugänglich war?

Die Grundbestimmungen der rumänischen Verfassung von 1991 wurden von anderen europäischem Grundrechten inspiriert, in erster Linie von der Verfassung der Fünften Französischen Republik (so wie die erste rumänische Verfassung aus dem Jahre 1866 massiv von der belgischen Verfassung aus dem Jahre 1831 inspiriert war). Eine Erklärung dafür ist die Eile, nach fünf Jahrzehnten autoritärer Herrschaft und einem Zerrbild von Demokratie, mit der eine neue, demokratische Ära eingeläutet

¹ I. Motoc, *L'Europe Unie et l'Europe après le communisme, éthique et rationalité de l'élargissement*, in: E. Barmavi (Hrsg.): *Les frontières de l'Europe*, 2001.

² A. Prezworski, *Democracy and the market, political and economical reforms in Eastern Europe and Latin America*, (Romanian Translation), AI, Bukarest, 1996, 140-166.

³ I. Motoc, *op.cit.*

wurde. Die politischen Kräfte und die Autoren der Verfassung wollten den radikalen Wechsel, der nach 1989 eintrat, durch eine schnelle Verabschiedung einer modernen Verfassung demonstrieren. Deshalb wurde die neue Verfassung in einer relativ kurzen Zeit, nur zwei Jahre nach dem Sturz des kommunistischen Regimes, verabschiedet. Zum Vergleich: Polen brauchte sieben Jahre, um seine erste postkommunistische Verfassung zu entwerfen und zu verabschieden. Doch ging die Schnelligkeit auf Kosten von wirklichen, fundierten Debatten unter Beteiligung der gesamten Gesellschaft. Die Verfassung von 1991 führte die modernsten Formen der nationalen Souveränität wie Wahlen, Verfassungsreferenden und Volksabstimmungen ein. Rumänien repräsentiert einen klassischen Fall: Vor dem Hintergrund des allgemeinen Mangels an politischer Kultur während der kommunistischen Zeit wurden die modernen Verfassungsinstitutionen ohne eine Debatte oder ein von breiten Schichten der Bevölkerung getragenes Abkommen eingesetzt.

III. Gab es im Zeitpunkt der Entstehung der Verfassung eine Debatte über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit? Falls ja, wurden diese Prinzipien vorwiegend als komplementär oder eher als antagonistisch angesehen? Wurden beide Prinzipien als gleichrangig betrachtet, oder ging man im Gegenteil davon aus, dass eine Hierarchie zwischen ihnen besteht?

Die einzige wichtige Debatte, die Anfang der 1990er Jahre in Bezug auf die neue Verfassung stattfand, war die Debatte über die Regierungsform. Zu Beginn des Übergangs zur Demokratie wurde die Zwischenkriegsperiode von vielen als *âge d'or* der Demokratie Rumäniens empfunden. Viele politische Kräfte sehnten sich nach einer Monarchie und verlangten ein Referendum über die Frage Monarchie oder Republik. Dieses kam jedoch nicht zustande, denn der erste Artikel der Verfassung setzte fest, dass Rumänien eine Republik sei. Die Konzentration auf diesen Aspekt, der alle Aufmerksamkeit auf sich zog und die gesamte politische Energie verbrauchte, drängte andere wichtige Themen in den Hintergrund, die sich somit der öffentlichen Debatte entzogen.

Beim Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gab es zur Zeit der Verabschiedung der Verfassung keine Rangfolge und in der Tat auch keine enge Korrelation. Infolge der Kopenhagener Kriterien und der Überwachung ihrer Umsetzung wurde in der Folgezeit ein besonderer Schwerpunkt auf den Aufbau und die Festigung der Demokratie gelegt. Erst nachdem diese Entwicklung schon weit fortgeschritten war, also zu einem relativ späten Zeitpunkt, wurde die Rechtsstaatlichkeit berücksichtigt. Obwohl es keine Hierarchie zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie gab, wurde das Verhältnis der beiden doch im Kontext des Demokratisierungsprozesses thematisiert, der parallel zum Prozess der Europäisierung verlief.⁴ Während dieses Prozesses wurde großer Wert auf die Frage der Demokratisierung gelegt, wohingegen die Frage und die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit nicht in der richtigen Weise verstanden wurden.

B RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER VERFASSUNG

I. Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Wenn nicht, ist es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

Rumänien ist ein demokratischer und sozialer Staat, bestimmt von Rechtsstaatlichkeit, in der die Menschenwürde, Bürgerrechte und -freiheiten, die freie Persönlichkeitsentfaltung, Rechtspluralismus und politischer Pluralismus die höchsten Werte im Geist der demokratischen Traditionen des rumänischen Volkes und der Ideale der Dezemberrevolution von 1989 sind und garantiert werden. (Art. 1 Par. 3)

II. In welchem Umfang und in welcher Weise sind die folgenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip), b) Vorbehalt des Gesetzes, c) Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte, d) Unabhängigkeit der Ge-

⁴ J. Zielonka, *Democratic Consolidation in Eastern Europe*. Vol. 2: International and Transnational Factors. (Oxford: Oxford University Press, 2001), 556; Alex Pravda, co-editor, auch J. Zielonka, *Europe as an Empire*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

richte, e) Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien, insbesondere das Verbot „ne bis in idem“ und das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“?

Diese Grundsätze wurden in verschiedene Artikel der Verfassung einbezogen:

(1) Alle Bürger genießen die Rechte und Freiheiten, die ihnen von der Verfassung oder anderen Gesetzen garantiert werden, und haben die Pflichten, die sich daraus ergeben. (2) Es gibt keine gesetzliche Rückwirkung, mit Ausnahme sich günstig auswirkenden Straf- oder Verwaltungsrechts. (Art. 15)

(1) Die Bürger sind vor dem Gesetz und den öffentlichen Behörden gleich; es gibt keine Privilegien und niemand darf diskriminiert werden. (2) Niemand steht über dem Gesetz. (3) Zugang zu den öffentlichen, zivilen oder militärischen Ämtern haben laut Gesetz alle Personen, die die rumänische Staatsbürgerschaft und ihren Wohnsitz in Rumänien haben. Der rumänische Staat garantiert Chancengleichheit für Männer und Frauen bei der Besetzung dieser Positionen. (Art. 16).

(1) Jede Person ist berechtigt, seine legitimen Rechte, Freiheiten und Interessen vor Gericht zu verteidigen. (2) Die Ausübung dieses Rechts darf von keinem Gesetz eingeschränkt werden. (3) Alle Parteien haben Anspruch auf eine faire Gerichtsverhandlung und die Lösung ihrer Fälle in einem angemessenen Zeitraum. (4) Die administrative außerordentliche Gerichtsbarkeit ist optional und kostenlos. (Art. 21)

(1) Das Recht auf Verteidigung ist garantiert. (2) Während des gesamten Prozesses haben die Parteien das Recht auf Beistand in Form eines selbst gewählten oder von Amts wegen eingesetzten Rechtsanwalts (Art. 24).

Der Passus „im Namen des Volkes“, der im Entwurf der Verfassung vorgeschlagen wurde, wurde ersetzt, um keinen Raum für Mehrdeutigkeiten zu lassen bezüglich der Rechtsakte, die garantiert werden. Deshalb wird das Recht von den Gerichten (Art. 126, Paragraph 1) gesprochen und diese haben sich an das Gesetz zu halten. Dies bildet die Grundlage für das Verhalten der

individuellen und juristischen Instanzen im Bürgergesetzsystem und im öffentlichen Bereich.⁵

Sowohl das materielle Recht als auch das formelle Recht, von denen die Organisation, die Arbeitsweise und Kompetenzen der Gerichte bestimmt werden, sind dementsprechend zuständig. Die Zivilprozessordnung erklärt in Art. 261 (1), dass „die Entscheidungen im Namen des Gesetzes verkündet werden (...)“; die Strafprozessordnung erklärt in Art. 2 (1), dass der Strafprozess sowohl während der Untersuchung als auch während des Prozesses *per se* in Übereinstimmung mit den Gesetzesbestimmungen zu verlaufen hat. Hierbei müssen auch die Verfassungsbestimmungen in Artikel 16 (2) der Verfassung in Betracht gezogen werden, die erklären, dass „niemand über dem Gesetz steht“, und sowie Artikel 124, der besagt, dass die Richter nur dem Gesetz unterstellt sind und dass sowohl das Gesetz als auch die Gerichte die Grundsätze der Rechtmäßigkeit in der Ausübung von Gerechtigkeit repräsentieren.⁶

Paragraph 2 des Artikels 124 der Verfassung, der festlegt: „Es gibt nur eine Justiz, unparteiisch und für alle gleich“, wurde während der Überprüfung der Verfassung im Jahre 2003 eingeführt. Die Elemente der Unparteilichkeit und Gleichheit wurden eigentlich schon von der Verfassung von 1991 abgedeckt (Art. 126, Par. 1 und Art. 16, Par. 1), allerdings wurde der Aspekt der Unparteilichkeit formell weiterhin nicht explizit thematisiert (trotz der Unabhängigkeit, die in der ersten postkommunistischen Verfassung erklärt wurde). Höchstwahrscheinlich sollte dieser zusätzliche Passus diese Prinzipien unmissverständlich ausdrücken und stärken, indem er deutlich auf die internationalen Normen und die Verfassungsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verweist.⁷

⁵ I. Muraru, S. Tanasescu, Erläuterung zur rumänischen Verfassung (erscheint in Kürze zusammen mit den Autoren), s. auch Erläuterungen von I. Stanomir, R. Carp in: *Limitele Constitutiei* (Die Grenzen der Verfassung), herausgegeben von Ch. Beck.

⁶ ebd.

⁷ ebd.

III. Ist das Demokratieprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Falls nein, ist die Demokratie als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

(1) Die nationale Souveränität liegt beim rumänischen Volk, das sie mittels seiner Vertretungsorgane, die aus den freien, regelmäßigen und fairen Wahlen hervorgehen, sowie durch Referenden ausübt. (2) Keine Gruppe oder einzelne Person kann Souveränität in ihrem Namen ausüben.

Das Parlament ist das höchste repräsentative Organ des rumänischen Volkes und die einzige legislative Gewalt im Land.

(2) Das Parlament besteht aus der Abgeordnetenversammlung und dem Senat gemäß Art. 62 (1). Die Abgeordnetenversammlung und der Senat werden durch allgemeine, gleichberechtigte, direkte, geheime und freie Wahl gemäß dem Wahlgesetz gewählt. (2) Bürgerorganisationen, die nationale Minderheiten repräsentieren, die nicht genügend Stimmen für eine Vertretung im Parlament auf sich vereinigen, haben das Recht auf jeweils einen Abgeordnetensitz nach den Bestimmungen des Wahlrechts. Bürger einer nationalen Minderheit werden von nur einer Organisation vertreten. (3) Die Anzahl der Abgeordneten und Senatoren ist vom Wahlrecht im Verhältnis zur Bevölkerung Rumäniens festgelegt. Die Verfügung des Art. 62 ist sehr interessant, da sie die erste in Europa ist, die festlegt, dass Menschen, die einer Minderheit angehören, automatisch eine Vertretung im Parlament zusteht.

Die Abgeordnetenversammlung und der Senat werden für eine vierjährige Amtszeit gewählt, die de jure verlängert werden kann im Falle von Mobilmachung, Krieg, Belagerung oder eines Notstandes bis zum Ende eines solchen Zustandes. Wahlen für die Abgeordnetenversammlung und für den Senat werden spätestens drei Monate nach Ablauf des Mandats oder nach der Auflösung des Parlaments abgehalten (Art. 63).

Für das Verhältnis von repräsentativer und direkter Demokratie gilt, dass das Parlament ein Organisationsgesetz verabschieden muss, um ein Referendum zu organisieren. So besagt Art. 73: „(1) Das Parlament verabschiedet Verfassungsgesetze,

Organisationsgesetze und Ordentliche Gesetze. (2) Die Revision der Verfassung erfolgt durch Verfassungsgesetze. (3) Durch Organisationsgesetze werden geregelt: a) das Wahlsystem; die Organisation und die Funktionen der Ständigen Wahlbehörde; b) die Organisation, die Funktionen und die Finanzierung der politischen Parteien; c) der Status der Abgeordneten und Senatoren, die Festlegung ihrer Bezüge und anderer Rechte; d) die Organisation und Durchführung eines Referendums; e) die Organisation der Regierung und des Obersten Rates der Nationalen Verteidigung; f) der Zustand von teilweiser oder totaler Mobilmachung der Streitkräfte und der Kriegszustand; g) der Zustand der Belagerung und des Notstands; h) Straftaten, Strafmaßnahmen und -vollzug; i) die Gewährung der Amnestie oder kollektiver Begnadigung; j) der Status der Staatsbeamten; k) das Verwaltungsstreitverfahren; l) die Organisation und die Funktionen des Höchsten Magistrats, der Volksgerichte, des Volksministeriums und des Berufungsgerichts; m) der allgemeine Rechtsstatus des Eigentums und Erbrechts; n) die allgemeine Organisation der Bildung; o) die Organisation der öffentlichen Kommunalverwaltung, des Territoriums sowie der allgemeinen Bestimmungen für die lokale Autonomie; p) die allgemeinen Bestimmungen, die die Arbeitsverhältnisse, die Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und den Sozialschutz umfassen; q) der Status der nationalen Minderheiten in Rumänien; r) der allgemeine Status religiöser Vereinigungen; s) andere Bereiche, für die in der Verfassung die Anwendung des Organisationsgesetzes vorgesehen ist.“

Eine weitere sehr bedeutende Institution für die repräsentative Demokratie ist der Präsident Rumäniens. (1) Der Präsident Rumäniens vertritt den rumänischen Staat und ist der Garant der nationalen Unabhängigkeit, Einheit und territorialen Integrität des Landes. (2) Der Präsident Rumäniens überwacht die Einhaltung der Verfassung und den ordentlichen Betrieb der öffentlichen Behörden. Zu diesem Zweck übt der Präsident die Vermittlungsfunktion zwischen den Staatsgewalten sowie zwischen Staat und Gesellschaft aus. (3) Der Präsident von Rumänien wird durch allgemeine, gleichberechtigte, direkte, geheime und freie Wahl gewählt (Art. 81).

Eine Reihe von Fragen ergeben sich mit Blick auf das Verfassungsregime von Rumänien, das ein semipräsidentiales Regime ist. Es ist eher ein parlamentarisches semipräsidentiales Regime⁸, da der Präsident das Parlament in nur einem speziellen Fall auflösen darf. Nach Befragung der Präsidenten der beiden Kammern und der Vorsitzenden der parlamentarischen Gruppierungen kann der Präsident Rumäniens das Parlament auflösen, wenn kein Vertrauensvotum für die Regierungsbildung innerhalb einer Frist von 60 Tagen nach dem ersten Ersuchen erreicht wurde und nur nach Ablehnung von wenigstens Ersuchen um Amtseinsetzung (Art. 89). Diese Form eines semipräsidentialen Regimes ist sehr problematisch, speziell in Zeiten der Demokratisierung, wenn die Rechtsstaatlichkeit sehr gering ausgeprägt ist.⁹

In Art. 90 sind die Bestimmungen für ein Referendum festgelegt: „Der Präsident Rumäniens kann nach Befragung des Parlaments das Volk von Rumänien auffordern, durch ein Referendum seinen Willen in Angelegenheiten von nationalem Interesse auszudrücken.“

Entsprechend besagt Art. 95: „Der Präsident Rumäniens kann seines Amtes nur durch ein Referendum enthoben werden, das innerhalb von 30 Tagen nach Genehmigung des Antrages auf Suspendierung vom Amt durch die Abgeordnetenkammer und den Senat gehalten werden muss, in gemeinsamer Sitzung, mit einem Mehrheitsbeschluss der Abgeordneten und Senatoren und nach Absprache mit dem Verfassungsgericht.“

In Art. 151 ist festgelegt, dass eine Revision der rumänischen Verfassung nur durch ein Referendum erfolgen kann. Die Änderung der Verfassung kann vom Präsidenten Rumäniens auf Vorschlag der Regierung eingeleitet werden, wenn mindestens ein Viertel der Abgeordneten und Senatoren oder aber mindestens 500.000 wahlberechtigte Bürger diesem zustimmen. Die Bürger, die für eine Änderung der Verfas-

sung plädieren, müssen aus mindestens der Hälfte der Landkreise des Landes kommen, und in jedem dieser Landkreise oder dem Stadtbezirk von Bukarest müssen mindestens 20.000 Unterschriften zur Unterstützung dieser Initiative gesammelt worden sein. Der Revisionsentwurf oder -vorschlag muss von der Abgeordnetenkammer oder dem Senat mit einer Mehrheit von mindestens zwei Drittel der Mitglieder jeder Kammer angenommen werden. Paragraph 3 des Art. 151 sagt aus: „die Revision ist endgültig nach ihrer Genehmigung durch ein Referendum, das innerhalb von 30 Tagen nach der Verabschiedung des Entwurfs oder des Vorschlags der Revision durchgeführt wird.“ Gemäß Art. 146 ist das Verfassungsgericht verpflichtet, zu überwachen, ob das Procedere sowie die Organisation und der Verlauf des Referendums korrekt sind, und dessen Ergebnisse zu bestätigen.

Die rumänische Legislative sieht außerdem ein lokales Referendum vor (Gesetz Nr. 3/2000). Das lokale Referendum betrifft eher lokale Sachverhalte und wird auf Dorf-, Stadt- (Stadtbezirk) und Landkreisebene durchgeführt. Das lokale Referendum ist vorgeschrieben, wenn ein Gesetzentwurf hinsichtlich *territorialer Anpassungen* von Dörfern, Städten und Landkreisen vorliegt, und wird dem Parlament zur Genehmigung vorgelegt. Die Entscheidung über ein solches Referendum und die Punkte, über die abgestimmt werden soll, legen die Gemeinderäte und Landkreisträte fest. Nur der Bürgermeister, der Präsident des Landkreisesrates und ein Drittel der Gemeinderäte können ein Referendum vorschlagen.¹⁰

Ein lokales Referendum kann abgehalten werden, um den Bürgermeister seines Amtes zu entheben (Gesetz Nr. 215/2001). Dieses Referendum kann durchgeführt werden, wenn 25% der wahlberechtigten Bevölkerung, die auf den Wahllisten aufgeführt sind, einem schriftlichen Antrag zugestimmt haben. Der Präfekt entscheidet, ob das Referendum abgehalten wird oder nicht. Ein Anlass für ein solches Referendum könnte sein, dass der Bürgermeister seinen Pflichten nicht nachkommt.¹¹

⁸ siehe Carey Shagart, *Presidents and Assemblies – Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University, 1992.

⁹ I. Motoc, *The semipresidential regimes during transition case*, vorgestellt in der Universität von Bukarest, Universität von Genua-Konferenz, Bukarest, 1998.

¹⁰ ebd.

¹¹ R. Nicolae, *Direct democracy*, Center for Legal Resources.

Im Gesetz Nr. 189/1999, geändert im Jahr 2004, wird die legislative Bürgerinitiative beschrieben. Eine legislative Bürgerinitiative kann von einer Initiativgruppe vorgebracht werden, die mindestens 10 stimmberechtigte Wähler zählt. Gewählte Beamte, Regierungsmitglieder, vom Premierminister eingesetzte Personen und Beamte, die von der Mitgliedschaft in einer Partei ausgeschlossen sind (beispielsweise Richter) haben nicht das Recht, an einer solchen Bürgerinitiative teilzunehmen.¹²

Die Bürgerinitiative muss offiziell von einem öffentlichen Notar registriert werden und ihr Gesetzentwurf wird im rumänischen Amtsblatt veröffentlicht (die Veröffentlichung ist kostenlos). Vom Tag der Veröffentlichung an hat die Bürgerinitiative eine Frist von sechs Monaten, um alle notwendigen Unterschriften der Wähler (100.000 sind erforderlich) zu sammeln und den Gesetzentwurf im Parlament registrieren zu lassen. Wenn die Frist von sechs Monaten abgelaufen ist und der Gesetzentwurf im Parlament nicht registriert wurde, kann die Prozedur wiederholt werden.¹³

Die Institution, die für die Überprüfung der Unterschriften verantwortlich ist, ist der Bürgermeister der lokalen Gemeinde. Wenn die Initiative genügend Unterschriften gesammelt hat, werden die Unterschriftenlisten zum Bürgermeister gesandt, der innerhalb von 15 Tagen eine Bescheinigung erstellen muss.

Nachdem der Gesetzentwurf vom Parlament registriert wurde, werden alle Dokumente dem Verfassungsgericht zugesandt. Das Verfassungsgericht überprüft die Verfassungskonformität des Gesetzentwurfs. Die Entscheidung des Gerichts wird veröffentlicht und dem Parlament zugesandt. Wenn die Entscheidung des Gerichts positiv ist, beginnt das Parlament mit der üblichen Prozedur, um den Gesetzentwurf zu verabschieden.

Eine regierungsunabhängige Initiativgruppe unter der Anleitung des Verbandes für Demokratie versuchte mehrere Male, eine legislative Bürgerinitiative zu starten. Der Gesetzentwurf der Initiativgruppe betraf

einen Wahlkodex. Die Initiative blieb erfolglos, da die Initiativgruppe nicht in der Lage war, die notwendige Anzahl an Unterschriften zu sammeln. Eine erfolgreichere legislative Bürgerinitiative wurde 2004 organisiert. Die Initiativgruppe strebte die Änderung des Bildungsgesetzes an und es gelang ihr, die dafür notwendigen Unterschriften, die in der Entscheidung des Verfassungsgerichtes 1/2004 festgelegt sind, zu sammeln.

Am 19. Mai 2007 wurde in Rumänien ein nationales Referendum durchgeführt, um den suspendierten Präsidenten Traian Basescu wegen Amtsvergehen anzuklagen, nachdem das Parlament am 19. April 2007 einer Anklage gegen Basescu wegen verfassungswidriger Handlungen zugestimmt hatte. Mit einem Beschluss vom 24. April beschloss das Parlament, am 19. Mai ein Referendum durchzuführen und verknüpfte dieses mit einem Antrag der Opposition, der für den Fall, dass das Verfassungsgericht das Referendum als nicht zulässig ablehnen würde, das Parlament verpflichten wollte, sich zu weiterführenden Schritten zu entschließen. 75 % der Bürger bestätigten Basescu im Amt. In diesem Fall entschied das Verfassungsgericht im Jahre 2007, dass die Verfügungen des Gesetzes 3/2000 hinsichtlich der Organisation eines Referendums gegen den Präsidenten verfassungswidrig sind, da sie vorsehen, dass eine gemeinsame Sitzung beider Kammern abgehalten werden muss, um über ein Referendum zu entscheiden. Das Verfassungsgericht entschied, dass diese Verfügungen mit Art. 76 der Verfassung nicht im Einklang stehen.¹⁴

Bisher wurde in Rumänien noch kein lokales Referendum über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse, die über territoriale Angelegenheiten hinausgehen, organisiert, obwohl Bürgerorganisationen solche Initiativen forderten. Zum Beispiel beantragte Anfang des Jahres 2005 die Koalition der umweltfreundlichen Nichtregierungsorganisationen von Konstanta beim Bürgermeister ein Referendum, das die Umgestaltung des Tabacariei-Parks (des einzigen öffentlichen Parks von Konstanta) in ein Gewerbegebiet (Einkaufszentrum) verhindern sollte. Ein weiteres geplantes Referendum,

¹² ebd.

¹³ ebd.

¹⁴ Beschluss 392/2007.

initiiert von Alburnus Maior und Greenpeace Rumänien, beschäftigt sich mit dem Goldabbau in Rosia Montana.¹⁵

Lokale Referenden, die territoriale Anpassungen der Dörfer, Städte und Landkreise betreffen, wurden gleichwohl häufiger durchgeführt. Solche Referenden fanden im Jahre 2004 in fünf Dörfern (Răducăneni, Belcești, Jibănești, Vlădeni und Ciohorăni) statt und waren ausnahmslos erfolgreich (die Bürger genehmigten die territorialen Anpassungen).¹⁶

IV. In welchem Umfang und auf welche Weise sind die folgenden Bestandteile des Demokratieprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Volkssouveränität, b) Formen der repräsentativen und der partizipativen, d.h. direkten Demokratie, c) Verfassungsgarantien eines echten Mehrparteiensystems, d) das Recht in echten, wiederkehrenden Wahlen zu wählen und gewählt zu werden, nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl, e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Körperschaften (d.h. entweder durch die ordentlichen Gerichte oder durch spezielle, mit den Garantien der Autonomie und Unabhängigkeit ausgestattete Wahlgerichte)?

Einige Prinzipien sind in der Verfassung berücksichtigt:

(1) Pluralismus in der rumänischen Gesellschaft ist eine Bedingung und Garantie der konstitutionellen Demokratie. (2) Politische Parteien werden gegründet und handeln dem Gesetz gemäß. Sie tragen zur Bestimmung und zum Ausdruck des Willens der Bürger bei, indem sie die nationale Souveränität, die territoriale Integrität, die Rechtsordnung und die Prinzipien der Demokratie achten.

(1) Jeder Bürger, der bis zum oder am Tag der Wahl sein 18. Lebensjahr vollendet hat, hat das Recht zu wählen. (Art. 8)

(1) Wählbar sind alle Bürger, die ihrerseits das Recht haben zu wählen, solange sie den Forderungen aus Artikel 16 (3) entsprechen, es sei denn, dass es ihnen ge-

mäß Artikel 40 (3) untersagt ist, einer politischen Partei beizutreten.

Ein Gesetz über politische Parteien wurde 1996 erlassen (Gesetz 27/1996). Für die Registrierung der politischen Parteien ist das Tribunal die entscheidende Institution. Außerdem unterstreicht das *Gesetz der Organisation und des Betriebes des Verfassungsgerichts* vom Mai 1992, dass das Verfassungsgericht über Einsprüche in puncto Verfassungsmäßigkeit einer politischen Partei entscheiden kann. Der die Verfassungsmäßigkeit betreffende Einspruch wird vom Präsidenten einer der Kammern des Parlaments oder von der Regierung formuliert. Der Präsident der Kammer darf den Einspruch nur auf der Grundlage einer Entscheidung formulieren, die von der Kammer mit der Mehrheit der Stimmen ihrer Mitglieder gefällt wurde. Der Einspruch muss vom Plenum des Verfassungsgerichts auf der Basis des Berichts, der vom Richter vorgelegt wird, beurteilt werden und über ihn muss mit der Mehrheit der Stimmen der Verfassungsrichter entschieden werden.

Hinsichtlich der Wahlfrage in Rumänien setzen sowohl das Wahlgesetz der Abgeordnetenkammer und des Senats (Gesetz Nr. 373/2004) als auch das Wahlgesetz des Präsidenten (Gesetz Nr. 370/2004) fest, dass ein Zentrales Wahlbüro die Wahlen der zu wählenden Organe überwacht.

Das Gesetz über die Präsidentschaftswahlen (Art. 24–26) legt die Kompetenzen des Verfassungsgerichts fest, um die Präsidentschaftswahlen für gültig zu erklären.

C RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

I. Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts/Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten, die freiheitsschützenden Elemente betonenden Interpretation der Rechtsstaatlichkeit oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

¹⁵ siehe Fußnote 13.

¹⁶ ebd.

Das Verfassungsgericht hat der Rechtsstaatlichkeit großen Rang verliehen, indem ihre substanziellen, freiheitsschützende Elemente hervorgehoben werden. Einige frühere Gerichtsbeschlüsse hatten den freien Zugang zur Justiz und hieraus folgend das Recht auf Selbstverteidigung herausgestellt. (Art. 24). Zum Beispiel erklärte das Verfassungsgericht in einem der ersten Beschlüsse hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit durch den Beschluss 34/24.06.1993 in Bezug auf die Verfassungswidrigkeit des Art. 20, Paragraph 2 und Art. 22, Paragraph 2 des Gesetzes für Verbrauchssteuer für importierte und inländische Produkte und Abgaben für Erdöl und Erdgas aus inländischen Ressourcen diese für verfassungsgemäß mit der Einschränkung, dass bestimmte Rechtsanordnungen einer Interpretation unterliegen können. Der Gerichtshof argumentierte: „Der zweite Grund für die Verfassungswidrigkeit bezieht sich auf Art. 22, Paragraph 2. Das Gericht fasste auf eine Beschwerde gegen eine Entscheidung der Generalbehörde der Staatsfinanzen hin einen Beschluss über die Berufung gegen die Erhebung und Einnahme von Verbrauchssteuern und Abgaben für Erdöl und Erdgas aus inländischen Ressourcen und Strafen bei verspäteter Zahlung; hierfür ist das Finanzministerium zuständig, dessen Bestimmungen endgültig sind.“

Wenn diese Bestimmung bedeutet, dass das Gericht in diesem Fall nicht zuständig ist, dann verstößt sie gegen die Bestimmungen in Art. 21 der Verfassung über den freien Zugang zu den Gerichten sowie gegen Art. 123, Paragraph 1 und Art. 125, Paragraph 1 der Verfassung, wonach dem Recht Genüge getan wird durch den Obersten Gerichtshof und durch andere vom Gesetz festgelegte Gerichtsinstanzen.¹⁷

Eine umfassende Auslegung des Art. 22, Paragraph 2 zeigt, dass die Bestimmungen dieses Artikels nicht die Rechtsprechung des Gerichts ausschließen können. Nach dem Beschluss 35/1.07.1993¹⁸ räumte das Verfassungsgericht die Ausnahme der Verfassungswidrigkeit des Art. 35 aus dem Gesetz 32/1968 ein, indem es festhielt, dass: „gemäß Art. 21 der Verfassung jede Person sich auf die Justiz berufen kann,

um ihre Rechte und persönlichen Interessen zu verteidigen, und kein Gesetz kann die Ausübung dieses Rechts hindern.“ Folglich behindert Art. 35 des Gesetzes 32/1968, das Richter einschränkt, Beschlüsse in Fällen von Gesetzesverstößen anzugreifen, den „freien Zugang zur Justiz“. Die Tatsache, dass es einen administrativ-gerichtlichen Weg gibt, dies zu regeln, bedeutet nicht das Gleiche wie freier Zugang zur Justiz. Somit sollte Art. 21 durch Art. 123 der Verfassung gestärkt werden, der „Justiz“ definiert; es wird festgesetzt, dass Recht von einer bestimmten öffentlichen Institution gesprochen wird, nämlich von den Gerichten. Wenn eine Person, die wegen eines Gesetzesverstößes zu einer Strafmaßnahme verurteilt wurde, nicht das Recht auf ein Gesuch vor Gericht hat, dann ist ihr das Recht auf Selbstverteidigung, wie in Artikel 24 garantiert, entzogen worden. Gemäß Beschluss 60/14.10.1993¹⁹ konstatiert das Verfassungsgericht, dass die Ausnahme der Verfassungswidrigkeit, festgelegt im Art. 64, letzter Paragraph des Dekrets 360/1976, akzeptiert: „Im Vergleich zu Artikel 21 der Verfassung, der freien Zugang zur Justiz garantiert und festlegt, dass kein Gesetz die Ausübung dieses Gesetzes hindern kann, ist Art. 64, letzter Paragraph des Dekrets 360/1976 verfassungswidrig, indem nur partieller Zugang zu den Gerichten erlaubt wird. Darüber hinaus widerspricht er Art. 125 der Verfassung, der besagt, dass Recht von dem Obersten Gerichtshof und von anderen vom Gesetz festgelegten Rechtsinstanzen gesprochen wird. Freier Zugang zur Justiz bedeutet legalen Zugang zu den Gerichten, wie in Art. 125 der Verfassung und dem Gesetz 92/1992 festgelegt.“

Eine der umstrittensten Entscheidungen des Verfassungsgerichts wurde in diesem Jahr bezüglich des Gesetzes 187/1999 getroffen und betrifft das Recht auf Akteneinsicht, um mutmaßliche Vergehen unter der kommunistischen Herrschaft aufzudecken. Das Gericht hat durch seinen Beschluss 51 vom 31. Januar 2008 festgesetzt, dass konkrete Bestimmungen des Gesetzes in Widerspruch stehen mit Art. 1, Par. 3 und Art 23, Par. 1, weil sie ohne weitere Ermittlungen von einer Kollektivschuld aus-

¹⁷ Official Gazette of Romania No. 144/1.07.1993.

¹⁸ ebd. 218/6.09.1993.

¹⁹ ebd. 12/19.01.1994.

gehen. Dieser Beschluss wurde stark kritisiert und als ein Beweis für „den konservativen Charakter des Verfassungsgerichts“²⁰ angesehen. Es muss aber gleichzeitig betont werden, dass Rumänien das erste Land war, das den Kommunismus offiziell verurteilt hat.

II. Erkennt das Verfassungsgericht die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips an? Wenn Letzteres zutrifft, welche Auswirkungen hat das a) für das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den politischen Gewalten und b) das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative?

Diverse Beschlüsse des Verfassungsgerichts berücksichtigten das Prinzip der Gewaltenteilung im Staat. Zum Beispiel erklärte das Verfassungsgericht mit dem Beschluss 64/2.06.1994²¹ einige Verordnungen des Gesetzes 94/1992 als verfassungswidrig, indem es festhielt, dass der Rechnungshof nicht das „höchste Organ“ sein kann.

Der Ausnahmefall der Verfassungswidrigkeit gilt für das „höchste Organ“, wie es definiert wird, denn ein solches gibt es nicht in den Bestimmungen des Art. 139, Paragraph 1 der Verfassung und steht im Widerspruch zu den Verfassungsbestimmungen, die den freien Zugang zu den Gerichten und die Anwendung des Gesetzes, den Obersten Gerichtshof und die anderen rechtmäßigen Gerichte gemäß der Artikel 21 und 125 der Verfassung betreffend, regeln. Verfassungswidrigkeit beweist die Tatsache, dass die bloße Legitimität des Rechnungshofs (*Curtea de Conturi*) als oberstes Organ in Frage gestellt wird. Art. 139, Paragraph 1 der Verfassung, der Fragen der Rechtsprechung behandelt, legt fest, dass unter legalen Bedingungen der Rechnungshof ebenfalls rechtliche Kompetenzen hat. Dies besagt aber auch, dass seine Tätigkeit keinesfalls ein Vorrangstellung hat und dass die Anordnungen in Artikel 1, Paragraph 1 des Gesetzes 94/1992

nicht dem Artikel 139, Paragraph 1 der Verfassung entsprechen.

Daher übertreten die Festsetzungen von Artikel 1, Paragraph 1 des Organisationsgesetzes des Rechnungshofs die Bestimmungen des Artikels 21 der Verfassung über einen freien Zugang zur Justiz. Kein Gesetz kann das Recht einer Person beschneiden, sich an die Justiz zu wenden, um ihre eigenen Rechte, Freiheiten und persönlichen Interessen zu verteidigen. Aus Art. 125, nach dem die Rechtsprechung beim Obersten Gerichtshof und bei anderen rechtmäßigen Gerichten liegt, folgt, dass kein Gesetz das Recht des Individuums auf legale Rechtsprechung verletzen kann.

Eine ähnliche Entscheidung wurde vom Verfassungsgericht im Jahr 2007 getroffen, worin die per Gesetz statt per Regierungsbeschluss erfolgte Einsetzung des Nationalen Fremdenverkehrsamts für verfassungswidrig erklärt wurde. Das Verfassungsgericht führt die Prinzipien der Gewaltentrennung (Art. 1, Par. 4) an und verweist auf die strenge Interpretation des Art. 117 über die Kompetenzen des Parlaments.²²

III. Inwieweit werden die Grundrechte als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen? Sofern sie als Elemente der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, gilt dies auch für die „politischen“ Grundrechte, d.h. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit?

Der Großteil der Gerichtsbeschlüsse bezieht sich auf die Menschenrechte und umso mehr wurde der ECHR in den letzten Jahren zitiert. In den ersten Jahren seiner Tätigkeit musste das Verfassungsgericht die fundamentalen Menschenrechte berücksichtigen. In einer Entscheidung von 1994 forderte das Verfassungsgericht eine Steuer für Auslandsreisen, die sozialen Zwecken zugute kommen sollte. Dies war verfassungswidrig, denn dies wäre eine Einschränkung des Rechts auf Bewegungsfreiheit, wie von Art. 25 der Verfassung geschützt, und daher nicht gerechtfertigt im Sinne des Art. 49 der Verfassung.

²⁰ Für einen Gesamtüberblick: C.L. Popescu, *Uzурparea drepturilor de catre Curtea Constitutionala in cazul deciziei privind desconspirarea celor ce au facut politie politica*, Noua Revistade drepturile omului, 1/2008.

²¹ Official Gazette of Romania No. 177/12.07.1994.

²² Official Gazette of Romania No. 66 vom 29. Januar 2007.

Es ist von grundlegender Bedeutung festzuhalten, dass der Gedanke des „sozialen“ Staates, wie in der Verfassung erwähnt, vom Verfassungsgericht nicht weiter erklärt wird. In einem Beschluss aus dem Folgejahr wies das Verfassungsgericht nur darauf hin, dass es in Rumänien eine „soziale Justiz“ gebe, weil es ein Sozialstaat sei, aber das Gericht fügte keine weiteren Details hinzu.²³

Das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten wurde auf sehr klare Weise in einem Beschluss von 2005 deutlich, in dem das Verfassungsgericht ausführt, dass Rumänien (Beginn und Ende Zitat von mir gemutmaßt) „ein Staat ist, der von Rechtsstaatlichkeit regiert wird [...], in dem die Menschenwürde das höchste Gut ist“.²⁴

IV. Hat das Verfassungsgericht/der Oberste Gerichtshof die Elemente definiert, die Bestandteil des Demokratieprinzips sind? Welche sind diese Elemente? Werden sie weit oder eher eng ausgelegt?

Eine der wichtigsten Entscheidungen wurde 1996 vom Verfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes hinsichtlich der politischen Parteien getroffen. Das Gericht hatte festgelegt, dass der „öffentliche Auftrag“ der Parteien, wie er vom Gesetz gefordert wird, nicht gleichzusetzen ist mit der Mission eines Staates, insoweit die öffentliche Mission eine pluralistische Mission reflektiert. Zur selben Zeit hatte das Verfassungsgericht festgelegt, dass die politischen Parteien nicht berechtigt sind, Verfassungsrevisionen vorzuschlagen. Mit derselben Entscheidung bestimmte das Gericht zudem, dass die Meinungsfreiheit der Parteien gemäß Art. 11 des ECHR gestärkt werden muss und Einschränkungen begründet werden müssen. Dem Prinzip des Pluralismus folgend können sich Bürger derselben Nationalität zu Parteien zusammenschließen.

Die Beachtung der Gebote des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit, festgelegt in Artikel 1, Paragraph 3 der Verfassung, gehört zu den wichtigsten Zielen des Staates, der

unter der Oberhoheit des Gesetzes steht – ein Terminus, der die Unterordnung des Staates unter das Gesetz verdeutlicht. Der Terminus zeigt ebenfalls an, dass das Rechtswesen über Mittel verfügt, gegebenenfalls politische Handlungen einzuschränken und auf diese Weise etwaigen Verfehlungen von Staatsseite aus entgegenzuwirken. Die Rechtsstaatlichkeit garantiert die Vormachtstellung der Verfassung, die Korrelation aller Gesetze und die Gewaltenteilung, die innerhalb des rechtlichen Rahmenwerks den allgemeinen Willen ausdrückt.“²⁵

Das Verfassungsgericht erhob in einigen Fällen die Forderung, dass die Legislative die Gesetze schärfer und deutlicher ausformulieren möge, damit die Richter dem Gesetz stärker entsprechen könnten. Die Legislative wählt aber möglicherweise, da sie um die Vielfalt und Komplexität der sozialen Beziehungen weiß, bewusst zum Teil eher allgemeine Formulierungen, die nicht jedes Detail berücksichtigen. Hierdurch ist es in die Hände des Richters gelegt, einzelfallspezifischer und unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände des Falls zu urteilen.²⁶

Die verbindliche Natur der *erga omnes*-Entscheidungen des Verfassungsgerichts, die über die Verfassungswidrigkeit einer Gesetzes- oder Regierungsverfügung zu entscheiden haben, bezeugt die Rechtsverantwortlichkeit im Fall der Nichtübereinstimmung mit diesen Entscheidungen. In dieser Hinsicht ergeben sich Ähnlichkeiten zu Verstößen gegen Gesetze, die vom Parlament oder der Regierung verabschiedet wurden. Allgemeiner gesprochen, bezieht sich dies auf den Aspekt der Identifizierung der Rechtsverantwortlichkeit in dem Fall, dass eine der Gewalten sich der Durchführung einer durch die andere Gewalt im Rahmen ihrer Kompetenzen getroffenen Entscheidung widersetzt. Wenn es zu einer solchen Situation kommt, ist die Rechtsverantwortlichkeit klar geregelt. Der imperative Charakter der diesbezüglichen Bestimmungen der Verfassung ist deutlich: „Rumänien untersteht (...) der Rechtsstaat-

²³ Official Gazette of Romania No. 39 vom 23. Februar 1995.

²⁴ Official Gazette of Romania No. 664 vom 26. Juli 2005.

²⁵ Official Gazette of Romania No. 334/19.07.2000.

²⁶ Beschluss Nr. 337/2004, in C.J. no. 11-12/2004, 91, und Beschluss Nr. 599/2006, C.J. no. 11/2006, 5. zitiert von I. Muraru, S. Tanasescu, Erläuterungen zur Rumänischen Verfassung.

lichkeit". Gemäß der Artikel 11 und 20 der Verfassung kann ein solcher Fall, dass eine Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht akzeptiert und befolgt wird, eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gegen den rumänischen Staat nach sich ziehen, wenn hierfür die notwendigen Bedingungen, festgelegt von der Europäischen Konvention für den Schutz der Menschenrechte und fundamentalen Freiheiten, erfüllt sind.²⁷

V. Definiert das Gericht das Prinzip der Volkssouveränität? Sofern dies der Fall ist, folgt es dem Konzept der uneingeschränkten Volkssouveränität oder eher einem Konzept, das die Volkssouveränität der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung sowie der gerichtlichen Kontrolle unterwirft?

Die wichtigste Entscheidung, die in dieser Hinsicht vom Verfassungsgericht getroffen wurde, betrifft den Aspekt des Referendums. Die Sprache des Gerichts ist in diesen Fall relativ kompliziert, vermutlich als Ergebnis eines Konsenses, der schwierig zu erreichen war. Der Präsident Rumäniens hatte in diesem Fall einige Fragen gestellt, die das Gesetz über die Organisation und die Durchführung eines Referendums betreffen. Gleichzeitig bat der Präsident mit dieser Anfrage um Klärung des politischen Status der Regierung, da es in Rumänien nach dem Zusammenbruch des Kommunismus in diesem Punkt noch Unklarheiten gab. Tatsächlich wollte der Präsident Rumäniens, der direkt gewählt wurde, sich hierdurch vergewissern, welches seine Rolle im Falle eines Referendums sei. Das Verfassungsgericht weigerte sich, die Grundsatzfragen über den politischen Status zu erläutern, und die Artikel des Gesetzes als verfassungswidrig zu betrachten, die eindeutig verfassungswidrig sind: die Untersagung von Maßnahmen, die einem Referendum vorausgehen, die Pflicht des Präsidenten, das Parlament zu Rate zu ziehen unter Beachtung des Artikels 90, wonach der Präsident Rumäniens das Volk zu Rate zu ziehen hat, und wodurch das Verfassungsgericht ermächtigt ist, das Ergebnis des Referendums zu kontrollieren.²⁸

VI. Wird in der Rechtsprechung des Gerichts das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesprochen? Falls ja, wird dieses Verhältnis eher als Komplementär- oder als Spannungsverhältnis gedeutet?

Das Gericht hatte keine Gelegenheit, das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu thematisieren. Für rechtliche Streitfragen von verfassungsmäßiger Natur zwischen öffentlichen Behörden hat das Verfassungsgericht mit dem Beschluss 327/2007 festgelegt, dass der Präsident nicht das Recht hat, ein Veto gegen einen Minister einzulegen, sondern nur in Frage stellen kann, ob dessen Nominierung rechtmäßig war. Mit Beschluss Nr. 98 vom 7. Februar 2008 fällte das Gericht seine letzte Entscheidung, die die Nominierung von Ministern betrifft, in diesem Fall unterliegt das Justizministerium dem Präsidenten.

D DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

I. Inwieweit ist die Rechtsstaatlichkeit in Ihrem Land erfolgreich verwirklicht, insbesondere mit Blick auf a) die Achtung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die politischen Gewalten und b) die Bereitschaft der politischen Gewalten, Gerichtsentscheidungen, die ihre Befugnisse beschneiden, zu befolgen und umzusetzen?

Im Prinzip wurde die Unabhängigkeit der Justiz respektiert und die politischen Gewalten in die Entscheidungen des Gerichts einbezogen. Aber das Problem der Rechtsstaatlichkeit in Rumänien steht, wie schon erwähnt, in Beziehung zu der Korruption der Justiz und einem gewissen Korporatismus der hochrangigen Justiz.

II. Inwieweit ist die Demokratie in Ihrem Land verwirklicht, insbesondere mit Blick auf den Schutz und die Förderung a) eines echten Mehrparteien-Systems und b) die in regelmäßigen Abständen erfolgende Organisation und Überwachung freier und fairer Wahlen unter der Kontrolle unabhängiger Wahlkörperschaften?

Das Prinzip der Demokratie wurde in Rumänien vollkommen in Kraft gesetzt so-

²⁷ Official Gazette of Romania 169/2.11.1999 ebd.

²⁸ Official Gazette of Romania No. 221 vom 19. Mai 1999.

wohl im Sinne des Mehrparteienwettbewerbs als auch hinsichtlich der Überwachung der freien und fairen Wahlen, die in regelmäßigen Intervallen unter der Autorität der unabhängigen Wahlorgane durchgeführt werden.

III. Falls es Defizite in Bezug auf I. oder II. gibt, was sind die Ursachen für diese Defizite? Würden Sie sagen, dass die Implementierung des einen oder des anderen Prinzips in Ihrem Land weiter vorangeschritten ist? Falls ja, was sind die Gründe für den unterschiedlichen Implementierungsgrad? Welche Wechselwirkungen zwischen beiden Prinzipien lassen sich in Ihrem Land beobachten? Was sind die Konsequenzen dieser Wechselwirkung für die Implementierungsfrage?

Soweit ich dies beurteilen kann, ist die Transformation in Rumänien in der letzten Zeit ein Prozess, der von den internationalen Institutionen beeinflusst ist. Ich denke, dass falsche Ansichten und Unwissen über die reale Natur des Kommunismus eine Reihe von Fehlern hervorgebracht hat, die im Prozess der Ausgestaltung von Rechtsstaatlichkeit eine Rolle spielen. Bei der Umsetzung der Kopenhagener Kriterien schenkte die Kommission anfangs der juristischen Frage nicht genug Beachtung. Zum Beispiel genießen Richter Schutz vor Entlassung, wie von der Europäischen Kommission gefordert, ohne dass zuvor ihre Integrität geprüft worden wäre.

Abgesehen von Gesetzesbezügen wurde die Interaktion zwischen den zwei Prinzipien reduziert. Falls Demokratie tatsächlich nur eine formale Bestimmung ist, dann ist die Hauptkritik begründet, dass es der Demokratie in Rumänien wie auch in anderen osteuropäischen Ländern an „sozialer Verbindung“ mangelt. Dies hängt mit dem Aspekt mangelnder Rechenschaftspflicht in der Vergangenheit zusammen wie auch mit dem Grad an Korruption. Der politische Umgang mit Fragen, die das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit betreffen, gehört zu den „Malaises“ des Postkommunismus in Rumänien wie auch in anderen osteuropäischen Ländern.

E SCHLUSSFOLGERUNG

Welches sind die Schlussfolgerungen, die aus den Ausführungen unter A. bis D. für die Frage gezogen werden können, ob in der Arbeit nationaler und internationaler Einrichtungen der Entwicklungskooperation Rechtsstaatsprogrammen der Vorzug vor der Förderung demokratischer Reformen gegeben werden sollte?

Bildung, Rechtsbildung sowie politische Bildung sind fundamental. Die Verbesserung der Qualität der juristischen Bildung der Richter und Anwälte und die deontologischen Aspekte ihrer Tätigkeit müssen ihnen auf eine wirksame Art und Weise erklärt werden. Die politische Bildung muss die Einstellung zur Rechtsstaatlichkeit verbessern.

Gleichzeitig wird im Studienplan der juristischen Fakultäten das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit viel zu stark vernachlässigt. Rumänien braucht viele Bürgerbildungsprogramme, die Medien eingeschlossen, um die Menschen über die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit und der Menschenrechte aufzuklären. Die Adenauer-Stiftung in Rumänien hat in den letzten Jahren bedeutende Schritte in diese Richtung unternommen und wir sehen die Ergebnisse auch im Bereich der Bildung. Eine Verbesserung der bisherigen Programme wird eintreten, wenn das mächtigste Bildungsinstrument in Rumänien, der Fernseher, genutzt wird.

Die internationalen Institutionen müssen weiterhin die Rechtsstaatlichkeit in Rumänien überwachen, um die liberalen Prinzipien dort zu verteidigen, wo fehlende „soziale Verbindung“ zu einer sich selbst bewahrheitenden Prophezeiung geworden ist: beim Aufkommen eines gewissen „Antiliberalismus“ – Kapitalismus ohne Rechtsstaatlichkeit und starken Glauben an das Naturrecht. Rechtsstaatlichkeit muss die Seele der Programme der nationalen und internationalen Entwicklungsorganisationen in Rumänien bleiben.

RUSSLAND

Prof. Dr. Michail A Krasnov

A VERFASSUNGSGESCHICHTE

I. Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in Ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

II. Welches war das Demokratieverständnis, von dem sich die Autoren der Verfassung leiten ließen? Wie wurde insbesondere die Volkssouveränität als Grundlage der Demokratie aufgefasst? Wurde sie als ursprüngliche und uneingeschränkte Gewalt des Volkes angesehen oder als eine Gewalt, die im Hinblick auf die verschiedenen Formen ihrer Ausübung (Verfassungsreferenden, Volksabstimmungen, Wahlen) einer Regulierung bzw. Verrechtlichung zugänglich war?

III. Gab es im Zeitpunkt der Entstehung der Verfassung eine Debatte über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit? Falls ja, wurden diese Prinzipien vorwiegend als komplementär oder eher als antagonistisch angesehen? Wurden beide Prinzipien als gleichrangig betrachtet, oder ging man im Gegenteil davon aus, dass eine Hierarchie zwischen ihnen besteht?

Die sowjetische (kommunistische) Verfassungsrechtsprechung erkannte das Konzept der „Rechtsstaatlichkeit“, da es in die Kategorie der „bourgeois Gesetze“ fällt, nicht an. Zum Beispiel schrieben die Autoren des vierbändigen Werks „Marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts“ aus den 90er Jahren: „Das Thema des Verhältnisses zwischen politischer Macht und dem Staat auf der einen Seite und dem *bourgeois Recht* auf der anderen steht im Brennpunkt der kontinuierlichen Aufmerksamkeit der

„bourgeois Wissenschaft“. Die grundlegende Konzeption dieses Problems läuft auf den so genannten „Rechtsstaat“ (*rule-of-law state*) oder die „Herrschaft des Rechts über den Staat“ („rule of law over the state“) hinaus (außerdem gibt es auch einige „etatistische“ Theorien über die Vormachtstellung des Staates über das Gesetz). Die Idee, dass *Recht* verstanden wird entweder als ein übergeordneter Maßstab „wie es zu sein hat“ oder als universelle Justiz oder als „natürliche“ Menschenrechte, *über den Staat und über die politische Macht herrschend; dies beinhaltet und begrenzt diese Macht wirksam und dient als Verschleierung der Klassendiktatur.*¹ Diese Auffassung baut auf V.I. Lenins „Lehre“, die den Staat als „eine Maschine für die Unterdrückung einer Klasse durch eine andere“ darstellt, während das Recht „der Wille der herrschenden Klasse, erhoben auf den Rang des Gesetzes“ sein sollte.

Die Liberalisierung des kommunistischen Regimes, auch bekannt als Perestroika, die Michael Gorbatschow begann, änderte natürlich auch die Einstellung zur Idee des Rechtsstaates. Viele sowjetische Juristen begannen, offen Dinge auszusprechen, von denen sie früher nur abwertend gesprochen hatten, insbesondere dass „Recht“ nicht gleichbedeutend mit „gesetzlicher Macht“ sei oder dass reale Menschenrechte nur in einem Rechtsstaat geschützt werden können.² In der Folge hielt eine große

¹ Zitiert nach der russischen Version: Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Исторические типы государства и права. М., 1971, 418.

² Die Kategorie der „Menschenrechte“ als natürlichen und unveräußerlichen Rechten wurde in der offiziellen Doktrin der UdSSR nicht anerkannt. Stattdessen überwog die offizielle Doktrin der

Gruppe von sowjetischen Rechtswissenschaftlern an der Schule des Naturgesetzes und nicht am etatistischen Positivismus fest.

Hiervon wurden auch die ideologischen Strukturen der zentralen Organe der sowjetischen kommunistischen Partei beeinflusst, die immer noch in der UdSSR regierte. Dieser Prozess fand zwischen 1987 und 1988 statt. Anfang des Jahres 1988 hielten selbst sowjetische Führer, die die Notwendigkeit von Veränderungen erkannten, es noch nicht für realistisch, dass das soziale und staatliche System sich verändern könnte. Die höchste Freiheit, die sich die fortgeschrittensten Parteifunktionäre selbst gestatteten (was zu der Zeit radikal war), war, über einen „Sozialismus mit menschlichem Antlitz“ bzw. über eine Erneuerung in den Grenzen des Rahmens des kommunistischen Systems zu sprechen. Es ist daher nicht überraschend, dass die XIX. All-Union Konferenz der Kommunistischen Partei der Sowjetunion (1988), die eine große Rolle bei der Liberalisierung des Regimes spielte, sich für einen Kurs ausschließlich in Richtung eines „sozialistischen Rechtsstaates“ aussprach. Auf diese Weise setzte die Konferenz den Rechtsstaat nicht mit der Vormachtstellung des Gesetzes gleich, sondern stattdessen mit dem „Schutz der Rechte und Freiheiten des sowjetischen Bürgers, die Verantwortlichkeit des Staates gegenüber seinen Bürgern und der Bürger gegenüber dem Staat, mit der größeren Autorität des Gesetzes und seiner strikten Erfüllung von allen Partei- und Regierungsorganen, öffentlichen Organisationen, Kollektiven und Bürgern als auch mit der effizienten Arbeit der Exekutivorgane“³. Mit anderen Worten handelte es sich hierbei, auch wenn das Rechtsstaatsprinzip nicht länger völlig verworfen wurde, eher um ein Gesetzmäßigkeitsprinzip.

Die allgemeine Logik der Liberalisierung, die graduell alle Lebensbereiche – von den geistigen bis zu den ökonomischen – besetzt, bestimmt auch die Haltung der Öff-

entlichkeit zum Konzept des Rechtsstaates. Ohne tief in die wissenschaftlichen Definitionen des Rechtsstaates eingehen zu wollen, so lässt sich festhalten, dass die Idee von der Bevölkerung instinktiv akzeptiert wurde und schnell an Popularität gewann. Eine große Zahl von wissenschaftlichen und publizistischen Arbeiten von prominenten russischen Juristen klärte die Bedeutung des Begriffs „Rechtsstaat“ in dieser Zeit (ca. 1989-1992). Trotzdem kann man nicht behaupten, dass es eine Debatte über verschiedene Doktrinen des Rechtsstaates gab.

Wie jeder fundamental neue Begriff war auch das Konzept des Rechtsstaates anfangs noch *undeutlich* (so wie auch die Prinzipien der „Demokratie“, des „Marktes“ usw.). Dies bedeutet nicht, dass juristische Theoretiker nicht vertraut sind mit den verschiedenen europäischen Schulen und Konzeptionen des Rechtsstaates. Trotzdem erreichte letzten Endes hauptsächlich die fundamentale Idee – die Vorherrschaft des Gesetzes über den Staat – die breite Bevölkerung sowie die Elite. Dieser Umstand allein war ein Durchbruch, eine Revolution in den Köpfen, da früher ein genau entgegengesetztes Verständnis unwidersprochen das Denkmuster bildete: Jeder (im Gesetz oder kraft des Gesetzes) geformte Wille des Staates war das Recht, weil der sozialistische Staat den Willen des Volkes ausdrückte. Dies war exakt die allgemeine Idee des Rechtsstaates, wie sie sich auch in den Gedanken über das Verhältnis von Staat und Gesetz im Text der vorläufigen Verfassung der Russischen Föderation (RF) wiederfindet, die zwischen 1991-93 erarbeitet wurde.

Hier muss hinzugefügt werden, dass die damals dominante Idee (in den frühen 90er Jahren) die Idee der Demokratie und nicht die des Rechtsstaates war. Letzterer wurde fast immer als eine Ergänzung zur Demokratie gesehen und nicht als ihr Ziel (oder als eines ihrer Ziele). Es ist kein Zufall, dass in der folgenden Sequenz in Artikel 1 der Verfassung der Russischen Föderation (RF) von 1993 steht: Russland ist ein (1) demokratischer (2) föderativer (3) Rechtsstaat mit (4) republikanischer Regierungsform. Mit anderen Worten: Die Autoren der vorläufigen Verfassung sahen das Konzept der Rechtsstaatlichkeit mehr als

Bürgerrechte, die vom Staat als Geschenk gegeben werden.

³ Zitiert nach der russischen Fassung: Материалы XIX Всесоюзной конференции Коммунистической партии Советского Союза. М., 1988, 122.

einen ergänzenden Gedanken an. Diese Sichtweise war auch in den folgenden Jahren unterschwellig weit verbreitet. Zum Beispiel gibt die Rechtszyklopädie (M., 1997) folgende Definition: „Der Rechtsstaat ist eine Staatsform, in der die Ordnung einer konstitutionellen Regierung herrscht und ein erweitertes und konstantes Rechtssystem und eine effiziente judikative Macht existieren, und in es eine echte Teilung der Gewalten gibt mit einem wirksamen Zusammenspiel und gegenseitiger Kontrolle sowie ausgeweiteter sozialer Kontrolle über Politik und Regierung“⁴. Wie man sieht, kennzeichnen viele dieser Merkmale eher das System der Demokratie als das des Rechtsstaates. Auf jeden Fall ist diese Definition unzureichend und übersieht das hauptsächliche Charakteristikum des Rechtsstaates, der im Grunde ein Staat ist, in dem ein Individuum verbindliche Garantien und Sicherheiten hat, von der Staatsmacht nicht gedemütigt, missandelt oder zerstört zu werden. Um es einfacher auszudrücken: Die Definition sagt nichts über die Priorität der Menschenrechte aus.

Es gab auch keine große Debatte über *das Konzept der Demokratie an sich*. Eigentlich bezeichnet Demokratie alles, was im Gegensatz zu den Manifestationen des sowjetischen Totalitarismus steht – kein Parteimonopol, freie Wahlen mit alternativen Kandidaten, freie Nutzung der politischen Rechte und Freiheiten, Auflösung der Hierarchie der Repräsentativ-Organen, die Bedeutung der Arbeit (zu sowjetischer Zeit beriefen die Sowjets ihre Tagungen vier bis sechsmal im Jahr ein), die Existenz örtlicher Selbstverwaltung usw. Mit anderen Worten: Die Ablösung der sowjetischen Macht war damals die Gestaltung der Demokratie.

Die Debatten gingen nichtsdestotrotz weiter. Aber sie betrafen nicht die verschiedenen Demokratiekonzepte. Eine große Debatte zum Beispiel wurde rund um das Übergangsverfahren geführt: Einige Personen glaubten, dass ein aufgeklärter Autoritarismus zweckmäßiger wäre, während andere umgehend demokratische Institutionen eingeführt wissen wollten. Eine andere Diskussion erwies sich als langwieriger

und kontroverser. Ihr Kernproblem war die Suche nach der optimalen Regierungsform, die in die neue Verfassung verankert werden sollte. Es wurden in der Folgezeit verschiedene Verfassungsmodelle entworfen (eine parlamentarische, präsidentiale und semipräsidentiale Republik). Übrigens favorisierte Boris Jelzin eine Zeit lang die Idee der Präsidentialrepublik (wie in den USA), aber er änderte letztendlich seine Meinung. So entschied man sich für ein gemischtes (semipräsidentiales) Modell, weil dies anfangs ausgewogener war als in seiner endgültigen Form (s. Details in Abschnitt D).

B RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER VERFASSUNG

I. Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Wenn nicht, ist es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

II. In welchem Umfang und in welcher Weise sind die folgenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip,) b) Vorbehalt des Gesetzes, c) Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte, d) Unabhängigkeit der Gerichte, e) Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien, insbesondere das Verbot „ne bis in idem“ und das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“?

III. Ist das Demokratieprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Falls nein, ist die Demokratie als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

IV. In welchem Umfang und auf welche Weise sind die folgenden Bestandteile des Demokratieprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Volkssouveränität, b) Formen der repräsentativen und der partizipativen, d.h. direkten Demokratie, c) Verfassungsgarantien eines echten Mehrparteiensystems, d) das Recht in echten, wiederkehrenden Wahlen zu wählen und gewählt zu werden, nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl, e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Körperschaften (d.h. entweder durch die ordentlichen Gerichte oder durch spezielle, mit den Garantien der Autonomie

⁴ Zitiert nach der russischen Version: Юридическая энциклопедия. М., 1997, 343.

und Unabhängigkeit ausgestattete Wahlgerichte)?

Wie schon dargestellt, beschreibt die RF-Verfassung Russland als einen *Rechtsstaat* (Artikel 1). In der Verfassung wird nicht klar dargelegt, was unter einem Rechtsstaat zu verstehen ist, man findet stattdessen in ihrem Gesetzestext Bestimmungen, die Rechtswissenschaftler den einzelnen Elementen des Rechtsstaates zuordnen.

Das erste Element ist das *Legalitätsprinzip*. Im Einzelnen:

- a) Die RF-Verfassung und föderalen Gesetze haben auf dem ganzen Territorium der Russischen Föderation (Artikel 4) Vorrang;
- b) Gesetze und andere Rechtsakte, die in der Russischen Föderation verabschiedet werden, dürfen der Verfassung der Russischen Föderation nicht widersprechen (Artikel 15);
- c) Die Verfassung der Russischen Föderation hat die höchste juristische Kraft, gilt unmittelbar und findet auf dem gesamten Territorium der Russischen Föderation Anwendung (Artikel 15);
- d) Die Organe der Staatsgewalt, die Organe der örtlichen Selbstverwaltung, Amtsträger, Bürger und ihre Vereinigungen sind verpflichtet, die Verfassung der Russischen Föderation und die Gesetze zu beachten (Artikel 15).

Das zweite Element: die *Priorität der Menschen- und Bürgerrechte als natürliche und unveräußerliche Rechte zu verstehen*. Einige Bestimmungen, um mit Artikel 3 zu beginnen, sind diesen gewidmet. Es wird definiert: „Der Mensch, seine Rechte und Freiheiten bilden die höchsten Werte. Anerkennung, Wahrung und Schutz der Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers sind Verpflichtung des Staates“ (Artikel 2). Auf diese Weise wird in der RF-Verfassung die Einhaltung der Konzeption der *natürlichen Rechte* demonstriert. Zum Beispiel wird in Artikel 15 erklärt, dass „die allgemein anerkannten Prinzipien und Normen des Völkerrechts und die völkerrechtlichen Verträge der Russischen Föderation Bestandteil ihres Rechtssystems

sind.“ In der Tat wird in Artikel 17 dasselbe zum Ausdruck gebracht: „In der Russischen Föderation werden die Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers entsprechend den allgemein anerkannten Prinzipien und Normen des Völkerrechts und in Übereinstimmung mit dieser Verfassung anerkannt und garantiert. Die Grundrechte und -freiheiten des Menschen sind *unveräußerlich und stehen jedem von Geburt an zu*.“ Artikel 18 behandelt ebenfalls die Rechte und Freiheiten der Menschen und Bürger, die unmittelbar gelten. Sie bestimmen den Sinn, den Inhalt und die Anwendung der Gesetze, die Tätigkeit der gesetzgebenden und der ausführenden Gewalt sowie der örtlichen Selbstverwaltung und werden durch die Rechtsprechung gewährleistet.

Das dritte Element des Rechtsstaates ist die Gewährleistung der *Bedingungen, die die Ausübung der Menschenrechte und -pflichten erlauben und die Einschränkung dieser verbieten*. An erster Stelle spiegelt sich dies wider in dem Prinzip der Gleichheit der Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers unabhängig von Geschlecht, Rasse, Nationalität, Sprache und religiöser Einstellung (Artikel 19). Zweitens werden die Rechte, die normalerweise als persönliche Rechte (persönliche Unverletzlichkeit und Unverletzlichkeit des Privatlebens, Kommunikationsgeheimnis) bezeichnet werden, klar dargelegt und es wird darauf hingewiesen, dass sie nur aufgrund eines Gerichtsbeschlusses eingeschränkt werden dürfen (Artikel 22–25). Drittens erlaubt die Verfassung die Einschränkung der Rechte und Freiheiten des Menschen und Bürgers durch das föderale Gesetz nur in dem Maße, wie dies zum Schutz der Grundlagen der Verfassungsordnung, der Moral, der Gesundheit, der Rechte und gesetzlicher Interessen anderer sowie zur Gewährleistung der Landesverteidigung und Staatssicherheit notwendig ist (Artikel 55). Bedenkenswert ist hier sicherlich, dass einige dieser „Ziele“ (wie Moral, Staatssicherheit) sehr weit ausgelegt werden können.

Ferner räumt die RF-Verfassung die Möglichkeit ein, einige (hauptsächlich politische) Rechte und Freiheiten in Zeiten besonderer rechtlicher Umstände – Ausnahmezustand und Kriegszustand – einzu-

schränken. Aber auf diese Weise verlangt die Verfassung erstens, dass entsprechende föderale Verfassungsgesetze den Ausnahmezustand und Kriegszustand regeln (was auch der Fall ist), und zweitens werden Artikel aufgelistet, die die Rechte und Freiheiten beinhalten, die niemals einer Einschränkung unterliegen dürfen, auch nicht unter den oben genannten Umständen.

Das vierte Element ist *der rechtliche Rahmen der Rechte und Freiheiten*. In diesem Fall fasst die RF-Verfassung auch ein weites Spektrum von rechtlichen Prinzipien und Bedeutungen ins Auge, das vom garantierten Rechtsschutz bis zur Berufung auf zwischenstaatliche Organe reicht, um die Menschenrechte und -freiheiten zu schützen (Artikel 46); des Weiteren das Recht auf Geschworene (Artikel 47) und das Recht auf einen qualifizierten (unentgeltlichen) juristischen Beistand (Artikel 48).

Das fünfte Element sind die *Prinzipien und Gesetze der Justiz, die eine faire Rechtsprechung garantieren*. Hierzu kann man folgende Verfassungsbestimmungen zählen:

- 1) Unschuldsvermutung (Artikel 49);
- 2) Das Prinzip „*ne bis in idem*“ (Artikel 50);
- 3) Das Recht, nicht gegen sich selbst oder enge Verwandte aussagen zu müssen (Artikel 51);
- 4) Das Recht auf Überprüfung des Urteils und auch das Recht auf Begnadigung oder Strafmilderung (Artikel 50);
- 5) Beweise, die unter Verletzung eines föderalen Gesetzes beschafft worden sind, sind während des Verfahrens der Rechtsprechung nicht verwertbar (Artikel 50);
- 6) Ein Gesetz, das die Strafbarkeit begründet oder verschärft, hat keine rückwirkende Kraft (Artikel 54);
- 7) Niemand wird für eine Tat schuldig gesprochen, die im Zeitpunkt ihres Begehens nicht als Rechtsverletzung galt (Artikel 54);
- 8) Das Gerichtsverfahren wird auf der Grundlage des kontradiktorischen Prinzips und der Gleichberechtigung der Parteien durchgeführt (Artikel 123);

- 9) Generell ist die Verhandlung in allen Gerichten öffentlich (Artikel 123);
- 10) Generell ist eine gerichtliche Verhandlung von Strafsachen in Abwesenheit des Angeklagten unzulässig (Artikel 123).

Das sechste Element des Rechtsstaates ist ein *unabhängiger Gerichtshof*. Die Verfassung schreibt dies in Artikel 120 vor. Gleichmaßen erklärt sie eindeutig, dass die Unabhängigkeit und Nichtabsetzbarkeit der Richter (Artikel 121) und sowie deren Immunität gewährleistet sind (Artikel 122).

Wie zuvor beschrieben, wird in Artikel 1 der RF-Verfassung Russland als *ein demokratischer Staat* bezeichnet. Allerdings wird in ihrem Gesetzestext nicht genau erläutert, was dies bedeutet. Daher kann das Konzept des „Rechtsstaates“ der Verfassungsbestimmungen, die dieser Definition entsprechen, nur auf einem Weg der Doktrin geklärt werden. In der Tat lässt sich beobachten, dass sowohl in der modernen Verfassungsrechtsprechung als auch in der modernen Politikwissenschaft das Konzept der „Demokratie“ ein äußerst breites Spektrum an Auslegungen erfahren hat. Infolgedessen gibt es aktuell viele Länder, die zwar formell grundlegende Elemente der Demokratie für sich festgelegt haben, im Grunde aber nicht demokratisch sind. Es ist deshalb kein Zufall, dass die Politikwissenschaft einen Staat heute nicht so sehr anhand seiner formalen Kennzeichen klassifiziert, sondern anhand der Frage, ob er über bestimmte demokratische Institutionen verfügt. Unseres Erachtens stammt die beste Definition moderner Demokratie, die ein ziemlich gut nachvollziehbares Kriterium enthält, von dem bedeutenden Philosophen Karl Popper, der schrieb, dass de facto nur zwei Staatsformen existieren: die eine, unter der es möglich ist, die Herrschenden ohne Blutvergießen auszutauschen, d.h. durch Wahlen, und die andere, in der dies unmöglich ist. In der Regel wird die erste Staatsform Demokratie genannt und die zweite Diktatur oder Tyrannei.

Weiter unten (Antwort auf Fragenkomplex D) werden wir versuchen, näher auf das Verhältnis zwischen den eher rein formalen und den tatsächlichen Kennzeichen sowohl der Demokratie als auch des Rechtsstaates in Russland einzugehen und zu verdeutli-

chen, wo die Unterschiede liegen. An diesem Punkt sollten wir uns der Frage über die formale rechtmäßige Begründung einiger demokratischer Prinzipien und Institutionen zuwenden.

Volkssouveränität. Artikel 3 der RF-Verfassung behandelt die Basis der Demokratie: „Träger der Souveränität und einzige Quelle der Macht in der Russischen Föderation ist ihr multinationales Volk.“ Das Konzept der Volkssouveränität ist mit dem Konzept der Staatssouveränität der Russischen Föderation verbunden, verdeutlicht in Artikel 4 der RF-Verfassung. In den 90er Jahren trat ein Problem auf, das nicht nur theoretischer, sondern auch politischer Natur war. Es ging darum, dass damals mehrere Teilgebilde der Russischen Föderation, in erster Linie die einzelnen Republiken innerhalb Russlands (die ethnisch besonderen, einzelnen Entitäten der Föderation), in ihren Verfassungen ihre Souveränität verkündeten, obwohl erkennbar war, dass ihre Souveränität begrenzt war. Die Souveränität der Republik war in dieser Zeit auf die Souveränität ihrer Bevölkerung angewiesen. Dabei bewahrten sich die Republiken ihr Recht, unter speziellen Umständen föderale Gesetze zu missachten, und, mehr noch, sie legten den theoretischen Grundstein für eine vorläufige Abspaltung von der Föderation.

Im Jahr 2000 stellte das RF-Verfassungsgericht, als es den Fall der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von bestimmten Bestimmungen der Verfassung der Altai-Republik (Beschluss vom 7. Juni 2000, № 10-П) behandelte, fest, dass „*die Verfassung der Russischen Föderation kein anderes Mittel der Souveränität und keinen anderen Ursprung der Macht erlaubt als das multinationale Volk Russlands, woraus folgt, dass es keine andere Staatssouveränität außer der Souveränität der Russischen Föderation gibt*“. Laut Verfassung der Russischen Föderation schließt die Souveränität der Russischen Föderation eine Souveränitätsmacht auf den zwei Ebenen der Vormachtstellung und Unabhängigkeit aus bzw. sie erlaubt weder die Souveränität der Republiken noch einer anderen konstitutiven Entität der Russischen Föderation.“ Somit ist die Frage der Pluralität der Souveränitäten nun offiziell beantwortet: Es kann keine andere Souve-

ränität außer der Souveränität des gesamten Volkes Russlands geben.

Direkte Demokratie und Wahlrechte. In Artikel 3 der Verfassung wird erklärt, dass das Volk seine Souveränität geltend macht bzw. seine Macht unmittelbar sowie durch die Organe der Staatsgewalt und die Organe der örtlichen Selbstverwaltung ausübt. In dieser Hinsicht sollen „Referenden und freie Wahlen *die höchste direkte* Manifestation der Volksmacht sein.“ In der Verfassung wird über diese Formen der direkten Demokratie nicht viel ausgesagt. Zum Beispiel wird in Artikel 32 nur erklärt, dass die Bürger das Recht haben, die Staatsorgane und die Organe der örtlichen Selbstverwaltung zu wählen und in sie gewählt zu werden. Darüber hinaus wird hier erklärt, dass sie das Recht haben, am Referendum teilzunehmen, und es wird festgelegt, dass Bürger, die durch einen Gerichtsbeschluss für geschäftsunfähig erklärt worden sind oder aufgrund eines Gerichtsurteils in Haftanstalten einsitzen, nicht das Recht haben zu wählen und gewählt zu werden. So merkwürdig es klingt, aber die Grundsätze des Wahlrechts – allgemeines, gleiches und unmittelbares Wahlrecht in geheimer Abstimmung – wurden nur in dem Artikel formuliert, der das Procedere der Präsidentschaftswahl (Artikel 81) festlegt. Die Bestimmungen, die die Wahl der Abgeordneten der Staatsduma (Unterhaus des Parlaments) behandeln, sagen nur aus, dass dieses Haus für eine Zeitspanne von fünf Jahren (Artikel 96) gewählt wird, während das Wahlverfahren von einem föderalen Gesetz bestimmt wird. Diesbezüglich sagt die Verfassung weder etwas über die Prinzipien der Parlamentswahlen noch über das System (Mehrheitswahl, Verhältniswahl oder gemischte Wahl) aus, auf dessen Grundlage die Wahlen stattfinden.

Außer im Zusammenhang mit dem Recht der Bürger, an einem Referendum der Verfassung teilzunehmen, wird in der Verfassung das Referendum nur in Verbindung mit dem Präsidenten thematisiert, wenn Artikel 84 erklärt, dass das Staatsoberhaupt ein Referendum anberaumen kann, das den Vorschriften der Verfassung gemäß durchzuführen ist. Ein interessanter Punkt in dieser Hinsicht ist, dass diese Formulierung die Frage aufwarf, ob damit gemeint ist, dass der Präsident allein dar-

über entscheiden soll, ob ein Referendum anberaumt wird, und hierbei auch die Fragen bestimmen soll, über die landesweit abgestimmt werden soll, oder ob dies eine bloß technische Funktion (die Initiierung eines Referendums) sei. Mit dem Gesetz über das Referendum aus dem Jahr 1995 entschied sich der Gesetzgeber für die zuletzt genannte Option, mit der das Recht auf die Durchführung eines Volksbegehrens gewährt wird, um ein Referendum ausschließlich für die Bürger (zwei Millionen Unterschriften) und das Spezialorgan – die Verfassungsversammlung (wenn eine neue Verfassung verabschiedet werden soll) – anzuberaumen. Damit wurde dem Präsidenten der Russischen Föderation das Recht auf Initiierung eines Volksbegehrens entzogen. Im Jahr 2004 wurde ein neues Verfassungsgesetz über das Referendum verabschiedet, das im Wesentlichen die frühere Ausgestaltung der Initiative zur Anberaumung eines Referendums bestätigt, und einen verallgemeinernden Aspekt hinzufügt: „die föderalen Organe der Staatsmacht“. Eines dieser Organe, der Präsident eingeschlossen, hat das Recht, ein Referendum einzuleiten, wenn über einen Sachverhalt von besonderem staatlichem Interesse mittels des Referendums entschieden werden soll.

Aber wengleich den Bürgern das Recht zur Einleitung einer Initiative zur Anberaumung eines Referendums gewährt wurde, so hat das Referendums-Gesetz von 2004 gleichzeitig Bedingungen gestellt, die schwierig zu erfüllen sind. Der „Hauptfilter“ auf dem Weg zu einem Referendum ist ein spezielles Organ – die Zentrale Wahlkommission. Es ist kein Zufall, dass bisher alle Bestrebungen, ein Referendum anzuberaumen, vergeblich waren, weil das Verwaltungsbüro des Präsidenten diesen Bestrebungen entgegenwirkte. Er kann dies, weil er eine enorme informelle Autorität besitzt und seinen Einfluss auf die Zentrale Wahlkommission geltend machen kann, genauso wie auch andere Staatsorgane (die Gründe hierfür siehe Teil D).

Es ist interessant, dass Artikel 135 der RF-Kommission, der das Verfahren der Verfassungsänderungen und/oder Übernahme einer neuen Verfassung regelt, dem Volk ein spezielles Vertretungsorgan – die Verfassungsversammlung – gewährt. Aller-

dings existiert gar kein Gesetz, das Näheres über dieses Organ festlegt. Zumindest ist aber festgelegt, dass dieses Organ einberufen werden soll, falls fundamentale Änderungen des Verfassungssystems durchgeführt oder eine neue Verfassung eingesetzt werden soll, die unterstützt wird gemäß dem entsprechenden Verfahren. Und im Fall, dass das Organ einen neuen Entwurf ausarbeitet, hat es das Recht, ihn selbst anzunehmen oder in diesem Punkt eine Volksabstimmung durchzuführen.

Die Verfassung (Artikel 130) behandelt das Referendum auch in Bezug auf die örtliche Selbstverwaltung. Neben dem lokalen Referendum und dem Referendum als Mittel für lokale Wahlen wird auch die Möglichkeit, andere „Formen der direkten Willensäußerung“ zu nutzen, dargestellt. Es gewährleistet, dass die Verfassung bestimmte Sachverhalte festsetzt, die eine direkte Willensäußerung erfordern: Festlegung der Struktur der Organe der örtlichen Selbstverwaltung (Artikel 131). Das Gesetz über die Allgemeinen Grundlagen der Selbstverwaltung aus dem Jahr 2003 behandelt expliziter die Formen der direkten Demokratie. Zum Beispiel thematisiert es die direkte Willensäußerung wie Bürgerversammlung, Landgemeindeversammlung, Bürgerinitiative für Gesetzesbegehren usw.

Garantien für einen zuverlässigen Mehrparteiensystemwettbewerb. Vor einiger Zeit (Anfang der 1990er Jahre) schien es so, als würde der politische Wettstreit einzig und allein in der Verfassungsformulierung, die von einer ideologischen und politischen Vielfalt und einem Mehrparteiensystem schrieb, existieren. Das ist exakt das, was die Autoren der Verfassung 1993 getan haben. In Artikel 13 werden ausdrücklich die ideologische Vielfalt, das Verbot einer verbindlichen Staatsideologie, politische und ideologische Vielfalt sowie die Gleichheit gesellschaftlicher Vereinigungen vor dem Gesetz verkündet. Gleichzeitig beinhaltet er ein Verbot der Gründung gesellschaftlicher Vereinigungen, „deren Ziele oder Handlungen auf gewaltsame Änderung der Grundlagen der Verfassungsordnung und auf Verletzung der Integrität der Russischen Föderation, auf Untergrabung der Sicherheit des Staates, auf Bildung von bewaffneten Formationen oder auf das Entfachen sozialer, rassischer, nationaler und religiö-

ser Zwietracht gerichtet sind.“ Die Verkündigung des Pluralismus wird auch von den Verfassungsbestimmungen bestätigt, die die Rede- und Denkfreiheit, die Freiheit des Abrufens, der Erhaltung und der Verbreitung von Informationen, das Versammlungsrecht, das Recht auf friedliche Kundgebungen usw. schützen. Trotzdem behindert, wie wir weiter unten darstellen werden, die konstitutionelle Machtkonstruktion als solche den realen politischen Wettstreit.

C RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

I. Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts / Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten, die freiheitsschützenden Elemente betonenden Interpretation der Rechtsstaatlichkeit oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

II. Erkennt das Verfassungsgericht die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips an? Wenn Letzteres zutrifft, welche Auswirkungen hat das a) für das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den politischen Gewalten und b) das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative?

III. Inwieweit werden die Grundrechte als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen? Sofern sie als Elemente der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, gilt dies auch für die „politischen“ Grundrechte, d.h. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit?

IV. Hat das Verfassungsgericht/der Oberste Gerichtshof die Elemente definiert, die Bestandteil des Demokratieprinzips sind? Welche sind diese Elemente? Werden sie weit oder eher eng ausgelegt?

V. Definiert das Gericht das Prinzip der Volkssouveränität? Sofern dies der Fall ist, folgt es dem Konzept der uneingeschränkten Volkssouveränität oder eher einem

Konzept, das die Volkssouveränität der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung sowie der gerichtlichen Kontrolle unterwirft?

VI. Wird in der Rechtsprechung des Gerichts das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesprochen? Falls ja, wird dieses Verhältnis eher als Komplementär- oder als Spannungsverhältnis gedeutet?

Gemäß Russlands Doktrin wird die juristische Kontrolle, ob Beschlüsse, die von den Staatsorganen gefasst werden, mit der Verfassung übereinstimmen, nicht vom Obersten Gerichtshof, sondern vom Verfassungsgericht ausgeführt wird – was charakteristisch für einige europäische Länder ist. In der Tat hat das Verfassungsgericht immens zum theoretischen Verständnis des Rechtsstaates beigetragen (hier muss betont werden, dass die Beteiligung theoretischer und nicht praktischer Natur war). An seinen Urteilsprüchen kann man sowohl umfassende als auch einschränkende (formale) Verfahren des Konzepts des Rechtsstaates erkennen.

Das *umfassende Verständnis* des Rechtsstaates ist zum Beispiel durch die Regelungen des Verfassungsgerichts erwiesen:

- die Machtorgane sind in ihrer Tätigkeit nicht nur an das nationale Recht, sondern auch an das internationale Recht gebunden – 31. Juli 1995, Regelung. № 10-П; die RF-Verfassung, auf den Prinzipien des Rechtsstaates beruhend, verkündet die Menschenrechte und -freiheiten als höchstes Gut – 2. Februar 1996, Regelung. № 4-П;
- das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ist nicht vereinbar mit Machtmissbrauch seitens der Staatsorgane und der Ämter in ihren Beziehungen zu den Steuerzahlern und die Verletzung der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz – 8. Oktober 1997, Regelung № 13-П;
- es gibt einen allgemein anerkannten Grundsatz, dass es ein Recht auf Berufung eines Gerichtsbeschlusses und zur Überprüfung auf einer höheren Ebene, der die Organisation des Justizsystems und der Justizverwaltung in einem

Rechtsstaat leitet – 3. Februar 1998, Regelung № 5-П;

- der humane Charakter des Rechts ist ein Kennzeichen des Rechtsstaates – 12. Mai 1998, Regelung № 14-П;
- das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit geht nicht einher mit der Haftung der Steuerzahler in ihrer Ausübung von Handlungen, die legitimiert und vorgeschrieben sind im erforderlichen öffentlichen Recht – 12. Oktober 1998, Regelung № 24-П;
- gesetzliche Strafmaßstäbe sollen der Handlung angemessen sein, die das Gesetz ahndet, und nicht zu einer ungesetzlichen Einschränkung der Bürgerrechte und -freiheiten führen – 25. April 2000, Regelung № 7-П;
- der Gesetzgeber regelt nach den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit die Bedingungen der Eigentumsübertragung, insbesondere seiner Verwirkung, beruhend auf gesetzlicher Gleichheit und Gerechtigkeit – 16. Mai 2000, Regelung № 8-П;
- das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet den Staat dazu, die Rechte und Freiheiten der Menschen und Bürger als höchste Werte anzuerkennen, zu überwachen und zu schützen und die Einrichtungen der Rechtsstaatlichkeit einzubeziehen, so dass jedes Individuum die Garantie hat, dass seine Rechte und Freiheiten vom Staat geschützt werden – 25. April 2001, Regelung № 6-П;
- die Gesetze des materiellen Rechts und Verfahrensrechts sollen mit den Verfassungsgrundlagen des Rechtsstaates harmonisieren, auch was die Vorherrschaft und direkte Wirksamkeit der RF-Verfassung, der Autoritätenteilung, des Verbots der Willkür, der Erfordernisse der Zulänglichkeit und Gesetzesverbindlichkeit der Staatsorgane, einschließlich der Richter; Verantwortlichkeit des Staats für falsche, einschließlich irrtümlicher, Handlungen der Staatsorgane – 5. Juli 2001, Regelung № 11-П;
- die Grundprinzipien der Justiz in einem Rechtsstaat sollen wie folgt aussehen: Das Gericht ist die einzige Instanz der

Rechtsprechung: Nur das Gericht kann Fälle auf der Basis von universeller Gleichheit vor dem Gesetz und dem Gericht behandeln und legal Recht sprechen mit der Anwendbarkeit krimineller und administrativer Haftung – 12. April 2002, Regelung № 9-П;

- die Rechte und Freiheiten eines Individuums sollen in einem Rechtsstaat als höchstes Gut erhalten werden, indem die Anerkennung, Überwachung und der Schutz der Menschen- und Bürgerrechte die Pflicht des Staates ist; die Rechte und Freiheiten der Menschen und Bürger in der Russischen Föderation sollen anerkannt und geschützt werden durch die Wahrung der allgemeingültigen Prinzipien und Standards des internationalen Rechts in Übereinstimmung mit der RF-Verfassung. Sie definieren die Bedeutung, den Inhalt und die Anwendbarkeit der Gesetze, gewährleistet von der Justiz – 17. Juli 2002, Regelung № 13-П;
- ein Rechtsstaat als solcher soll nur unter der Bedingung anerkannt werden, dass er die Sicherheit seiner Bürger gewährleistet, ihre legitimierten Rechte und Interessen sichert und schützt und gegebenenfalls ihre wirksame Wiedereingliederung in ihre Rechte ermöglicht. Der Staat soll nicht nur die Rechte und Freiheiten, die in der Verfassung direkt enthalten sind, einhalten und sichern, sondern auch andere Rechte und ihre daraus abgeleiteten Garantien, die auf der Basis des föderalen Rechts gelten – 21. November 2002, Regelung № 15-П;
- der Gesetzgeber hält folgende rechtliche Grundprinzipien ein, einschließlich des Strafrechts, die von der Russischen Föderation als eines Rechtsstaats anerkannt werden: Gerechtigkeit, Gleichheit, Zulänglichkeit, Rechtmäßigkeit, Schuld und Menschlichkeit; „nullum crimen, nulla poena, sine lege“; die Strafe soll dem Wesen des Verbrechens und dem Grad der Gefahr, die der Gesellschaft drohte, angemessen sein; dies wird vom RF-Kriminalrecht gewährleistet, vom Gericht umgesetzt und auf der Basis des Urteils, das rechtswirksam ist, vollstreckt – 27. Februar 2003, Regelung № 1-П;

Das Verfassungsprinzip des Rechtsstaates verpflichtet die Russische Föderation dazu, die Rechte und Freiheiten der Menschen und Bürger als höchste Werte anzuerkennen, zu überwachen und zu beschützen, was die Einrichtung einer Rechtsordnung dergestalt impliziert, dass Staatschutz für alle individuellen Rechte und Freiheiten gewährleistet wird. Die Justiz als das Hauptelement solch einer Rechtsstaatlichkeit garantiert wesensgemäß eine gerechte Handhabung des Falles und eine wirksame Wiederherstellung der Rechte einer Person – 14. Juli 2005, Regelung № 8-П;

Die Russische Föderation als ein Rechtsstaat soll ein wirksames System schaffen, um die Rechte und Freiheiten von Menschen und Bürgern durch die Justiz zu schützen. Eine Körperschaft interessierter Personen, einschließlich derer, die nicht einbezogen sind im Rechtsbehelffall des Gerichts gegen die Verletzung ihrer Rechte und Freiheiten durch ein Fehlurteil der Justiz, ist integraler Bestandteil der gesetzmäßigen Substanz des universellen legalen Rechts zum Schutz durch das Gericht – 20. Februar 2006, Regelung № 1-П;

Indem die russische Föderation als Rechtsstaat proklamiert wird, in dem die Rechte und Freiheiten der Menschen und Bürger als höchste Werte von der Justiz geschützt werden, hat ihre Verfassung oberste Justizgewalt und folglich Vorrang vor der föderalen Verfassung und den föderalen Gesetzen und schließt gesetzliche Verfügungen aus, deren Verfassungsmäßigkeit nicht durch ein Gericht überprüft werden kann; eine derartige Prozedur der Überprüfung ist in der Verfassung näher erläutert – 21. März 2007, Regelung № 3-П.

Ein engeres, besser gesagt, *formales Verständnis* des Rechtsstaates wird unter anderem in den Verfügungen des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation deutlich:

- das Prinzip des Rechtsstaates verbietet dem Gesetzgeber, Regulierungen zu erlassen, die die gesetzestreuen Bürger zur Offenlegung ihrer Einkommen zu veranlassen, wodurch die Steuerbemessungsgrundlage verändert würde - 23. Dezember 1999, Regelung № 18-П;
- formell definierte Steuerbestimmungen setzen eine ausreichende Exaktheit voraus – wodurch ein genaues Verständnis und die korrekte Anwendung ermöglicht werden. Eine unklare Steuerbestimmung kann zu einer beliebigen und diskriminierenden Anwendung durch die zuständigen Behörden und Beamten führen, die nicht dem Prinzip des Rechtsstaates entspricht und das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz missachtet – 28. März 2000, Regelung № 5-П;
- die erlassenen Steuergesetze sollen konkret und verständlich sein. Ungewissheit im Steuerrecht kann zu seiner beliebigen und diskriminierenden Anwendung durch die zuständigen Behörden und Beamten, die nicht dem Prinzip des Rechtsstaates entsprechen und das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz missachtet – 30. Januar 2001, Regelung № 2-П (derselbe Wortlaut wie in der Regelung vom 20. Februar 2001, Regelung № 3-П);
- es ist in einem Rechtsstaat unzulässig, die Grundrechte und -freiheiten zu regulieren oder sie durch die Verordnungen der Regierung der Russischen Föderation unterschiedlich auszulegen, insbesondere von Seiten der Regierungsabteilungen – 22. November 2001, Regelung № 15-П;
- das Prinzip der Adäquanz (Verhältnismäßigkeitsprinzip) ergibt sich aus der Eigenschaft des Rechtsstaates. Von diesem Prinzip ausgehend, sollen die Gerichte adäquate Wege und Möglichkeiten finden, um passives und aktives Wahlrecht zu schützen, und sie können sich nicht auf eine bloße Erklärung beschränken, wenn das Wahlrecht missachtet wird, so zum Beispiel in einem Fall, in dem die Nichtzulassung eines Kandidaten für nichtig erklärt wurde – 15. Januar 2002, Regelung № 1-П;
- in einem Rechtsstaat ist das Prinzip allgemein anerkannt, dass ein Abgeordneter nicht haftbar ist für Handlungen in der Zeit seiner Mandatsausübung, dies gilt auch nach seinem Ausscheiden aus dem Amt – 12. April 2002, Regelung № 9-П;

- die Rücknahme einer Anklage durch einen Staatsanwalt von niedrigerem Rang kann von einem Staatsanwalt von höherem Rang widerrufen werden, wenn der Letztere beweist, dass der Strafprozess nicht die öffentlichen Interessen gewahrt hat. Andernfalls wäre das Urteil des Staatsanwalts von niedrigerem Rang endgültig, was im Widerspruch zu den Prinzipien des Rechtsstaates steht. Es könnte nicht mehr korrigiert werden, weder innerhalb des Rahmenwerks des zentralisierten Systems der Ämter der öffentlichen Staatsanwälte noch durch das Gericht – 8. Dezember, *Regelung № 18-П*;
- das Gesetz über den föderalen Haushalt ist ein legislativer Akt von besonderer Art. Unter Berücksichtigung dieser Besonderheit und seines Zwecks in einem Rechtsstaat schließt es Regulierungen ein, die sich mit den Einnahmen und Ausgaben der Russischen Föderation befassen, die über den Zeitraum reichen, der vom Gesetz abgedeckt ist, und die dafür Sorge tragen, dass Prinzipien hinsichtlich der Bilanz, Glaubwürdigkeit und Angemessenheit eingehalten werden. Solch ein Gesetz kann keine Bestimmungen enthalten, die nicht in Verbindung zu den föderalen Einnahmen und Ausgaben stehen – 23. April, *Regelung № 9-П*;
- Machtmissbrauch durch die Finanzämter (bzw. ihren Beamten) oder anderweitige Handlungen durch diese, die ihrem legitimen Zweck und den vom Gesetz geschützten Rechten und Interessen der Bürger zuwiderlaufen, sind unvereinbar mit den Prinzipien eines Rechtsstaates – 16. Juli 2004, *Regelung № 14-П*;
- eine Amtsenthebung aufgrund von Straftaten (Unterlassungen) findet nicht statt, ohne dass zuvor die Fakten vorliegen, die ein unangemessenes Verhalten des Vorgesetzten und somit seine Schuld bezeugen, und ohne dass das hierfür gesetzlich vorgeschriebene Procedere durchgeführt wurde - was zum Gegenstand einer Gerichtsprüfung im Falle einer Beschwerde wird. Andernfalls stünde dies im Widerspruch zu den Grundprinzipien der rechtlichen Haftung

in einem Rechtsstaat – 15. März 2005, *Regelung № 3-П*;

- die Forderung nach Sicherheit, Klarheit und Eindeutigkeit eines Rechtsstandards und seiner Entsprechung mit dem zugrunde liegenden System von Rechtsbestimmungen, die an den Gesetzgeber gerichtet ist, sollte sich aus den Prinzipien eines Rechtsstaates ergeben – 14. Juli 2005, *Regelung № 8-П*;
- es ist in einem Rechtsstaat der Exekutive verboten, die Wohnungsrechte der Bürger außer Kraft zu setzen – 5. April 2007, *Regelung № 5-П*.

Offensichtlich beruft sich das Verfassungsgericht der Russischen Föderation ziemlich oft auf das Konzept des Rechtsstaates, indem es sowohl allgemeine als auch konkrete Merkmale dieses Konzepts spezifiziert. Trotzdem kann nicht behauptet werden, dass diese Entscheidungen substantiell das Bewusstsein der Masse und der politischen Elite beeinflusst haben oder, wichtiger noch, die Legislative und die Umsetzung in der Praxis. Aus unserer Sicht spielen hierfür drei Faktoren eine Rolle:

Erster Faktor: Es gibt viel zu wenig Erfahrung im Umgang mit vielen der Verfassungsgerichtsbestimmungen, obwohl in *der Theorie* eingestanden wird, dass die Bestimmungen des Verfassungsgerichts die *Bedeutung von Präzedenzfällen haben*. Zum Beispiel schreibt der aktuell amtierende Vorsitzende des Verfassungsgerichts V. Zor'kin, dass die Bestimmungen des Verfassungsgerichts in Fällen, es denen es um die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und anderen Rechtsakte auf höchster Ebene geht, in ihrer Substanz im Wesentlichen regulierend sind (sie besitzen die Kraft eines Gesetzes) und so die *Bedeutung eines Präzedenzfalls* erhalten.⁵ Trotzdem scheitern die Bestimmungen des Verfassungsgerichts oft *in der Praxis*, wenn es um ihre konkrete Umsetzung geht, einschließlich der allgemeinen Gerichtshöfe und Schiedsgerichte. Einer der Hauptgründe dafür ist eine feh-

⁵ Zitiert nach der russischen Ausgabe: Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда // Россия и Конституция в XXI веке. Взгляд с Ильинки. М.: «НОРМА», 2007, 115.

lende Präzedenzfalltradition im russischen Rechtssystem. Hinzu kommt, dass das Verfassungsgericht sowohl organisatorisch und als auch in seinen Abläufen vom System der allgemeinen Gerichte und Schiedsgerichte separiert ist. Es ist in diesem System üblich, sich auf die Bestimmungen der relevanten oberen Gerichtshöfe zu verlassen, was die Gerichtspraxis auf relevante Kategorien der Fälle verallgemeinert.

Zweiter Faktor: allgemeine Schwäche der Justizmacht. Diese Schwäche wird einerseits in der Tatsache offensichtlich, dass es keine bedeutenden Druckmittel gibt, weder um die Inkraftsetzung der Gerichtsbeschlüsse zu beeinflussen noch um politische und administrative Institutionen zu nötigen, die Gerichtsbeschlüsse zu respektieren. Andererseits besteht die Schwäche der Justizmacht in der institutionellen und funktionalen Abhängigkeit des Rechtssystems von den Verwaltungsinstitutionen. In dieser Hinsicht werden die Gerichtsbeschlüsse – die Interessen dieser Institutionen werden diesen Gerichtsbeschlüssen überlassen – nicht unter dem Einfluss der Prinzipien des Rechtsstaates, sondern unter dem Einfluss von absolut unterschiedlichen Faktoren gefällt.

Der *dritte Faktor* hängt mit dem zweiten zusammen. Er liegt darin begründet, dass *das Verfassungsgericht manchmal selbst die Bedeutung seiner eigenen vorherigen Entscheidungen in ähnlichen Situationen substantiell ändert*. V. Zor'kin rechtfertigt dies, indem er sagt, dass „Änderungen in den Lebensumständen dazu führen können, von früher formulierten Positionen abzuweichen“⁶. Nichtsdestotrotz ändern sich die Entscheidungen wohl kaum so stark, dass die Verletzung der Grundprinzipien zu rechtfertigen wäre. Ein sehr aussagekräftiger einschlägiger Fall ist eine Bestimmung des Verfassungsgerichts (21. Dezember 2005, Regelung № 13-П), die eine neue Prozedur legitimiert, mit der Oberhäupter der Teilitäten der Russischen Föderation nicht direkt von der Bevölkerung gewählt werden sollen.

Die Analyse der Urteile des Verfassungsgerichts zeigt, dass das Gericht auf der einen Seite aktiv bemüht ist, das Prinzip der Ge-

waltenteilung einzuhalten, während es auf der anderen Seite dazu tendiert, die umstrittenen Bestimmungen der Verfassung zugunsten des Präsidenten der Russischen Föderation zu konstruieren, wobei das Ungleichgewicht innerhalb des Systems der Gewaltenteilung verschärft wird, was wir noch ausführlich darlegen werden. Zum Beispiel bestätigte das Verfassungsgericht in der Regelung vom 11. Dezember 1998, № 28-П das Recht des Präsidenten der Russischen Föderation, *dieselben Kandidaten zwei- oder dreimal oder jedes Mal einen neuen Kandidaten* aufzustellen, als er der Staatsduma Vorschläge für die Nominierung für die Position des Regierungsvorsitzenden unterbreitete (wichtig ist hier zu beachten, dass nach der dritten Ablehnung eines vom Präsidenten nominierten Kandidaten durch die Duma dieses Haus des Parlaments aufgelöst werden muss). Als Argument für seine Entscheidung erklärte das Gericht, dass das Recht logischerweise hinter dieser Autorität steht, um Rivalitäten zwischen den verschiedenen Gewalten zu vermeiden, denn etwas anderes ließe sich nicht mit dem Prinzip vereinbaren, dass die einzige Quelle, aus der die Gewalten hervorgehen und der einzige Gewährleister ihrer Souveränität das multinationale Volk der Russischen Föderation sei.

Die Entscheidung des Gerichts lieferte noch einmal ein Beispiel für eine Logik, die dem Prinzip der Gewaltenteilung zuwiderläuft. Das Verfassungsgericht verwendete folgende Begründung: Solange der Präsident der Russischen Föderation das Staatsoberhaupt ist, *wird er die Hauptlinien der Innen- und Außenpolitik festlegen*. Somit versäumte es das Gericht nicht nur, auf die Unvereinbarkeit dieser Stärkung der Autorität des Präsidenten vor dem Hintergrund des Prinzips der Gewaltenteilung hinzuweisen. Mehr noch: Das Gericht verstärkte die Autorität des Präsidenten, indem es der Regierung das Recht verleiht, an der Bestimmung festzuhalten. Hierdurch macht das Verfassungsgericht die Staatsduma zu einem Organ, das keine Funktion besitzt, da es weder die russische Politik bestimmen noch ausüben kann. Noch verdächtiger erscheint eine spätere Entscheidung des Verfassungsgerichts (vom 29. November 2006, № 9-П), in der das Gericht die *Verbindlichkeit der vom Präsidenten der Russischen Föderation festgelegten fun-*

⁶ ebd., 121.

damentalen Richtlinien in der Innen- und Außenpolitik **für alle** Organe der öffentlichen Macht anerkannt hat. Wenn also eine Institution der Staatsmacht eine Regel festgelegt hat, muss sich ihr der Rest unterordnen.

Nicht besser ist die Situation in Bezug auf die Entscheidungen des Verfassungsgerichts auf dem Feld der politischen Bürgerrechte. Die allgemeine Tendenz der diesbezüglichen Meinungen geht dahin, diese eher einzuschränken als zu stärken.

Es mag überraschend sein, aber das Verfassungsgericht zielt in seinen Entscheidungen praktisch nicht auf den Begriff der „Volkssouveränität“ ab (nur bei Meinungsverschiedenheiten der Verfassungsrichter spielt dieses Prinzip eine Rolle). Nichtsdestotrotz benutzt das Verfassungsgericht in zahlreichen seiner Beschlüsse (es gibt mehr als 20 solcher Beschlüsse) wiederholt die Verfassungsformel, dass „der Träger der Souveränität und die einzige Quelle der Macht in der Russischen Föderation die des multinationalen Volkes ist“. Aber normalerweise relativiert es diese Formel dahingehend, dass die Vorgaben der Staatsorgane und nicht die direkten Rechte des Volkes für die Beschlüsse maßgeblich sind.

Wenn man nach der allgemeinen Tendenz der Beschlüsse des Verfassungsgerichts urteilt, wird man sehen, dass das Gericht sich nicht an das Konzept der unbegrenzten Volkssouveränität hält. Und dies ist eine angemessene Maßnahme, weil sich Demokratie in diesem Fall zu einer Bedrohung für den Rechtsstaat entwickeln kann. Übrigens schrieb schon vor langer Zeit, im Jahre 1910, A. Alexejev, ein prominenter russischer Anwalt, über diese Thema. In seinem Disput mit dem deutschen Klassiker der Rechtswissenschaft Georg Jellinek, der sagte, dass die Menschen in einer Republik das höchste souveräne Organ seien, schrieb Alexejev, dass es in einem Rechtsstaat weder eine *Machtsouveränität* noch eine *Souveränität der Staatsorgane* gebe; es existiere nur die *Rechtssouveränität*. Dieses Recht wurde nicht von einer bestimmten Institution – einem Monarchen oder einem Parlament – vorgeschrieben, es resultiert aus einem komplexen rechtlichen Prozess, in den mehrere Organe involviert sind, nach den Maßgaben, die die

Verfassung vorschreibt. Verordnungen, die von einem dieser Organe erlassen werden, schaffen keine verbindlichen rechtlichen Bestimmungen, während sie eine juristische Wirksamkeit haben, solange sie vereinbar sind mit den Verordnungen, die von anderen Organen erlassen wurden. *Keines dieser Organe genießt den Vorrang über andere Organe im Prozess der Gesetzgebung*, indem alle miteinander koordiniert sind in dem Sinne, dass jedes an dem Gesetz beteiligt gewesen sein muss, damit dieses rechtliche Kraft besitzt.⁷

Trotzdem soll die Ablehnung des Gedankens der unbegrenzten Volkssouveränität nicht dazu verwendet werden, um *allgemein die Vernachlässigung der Menschenrechte zu rechtfertigen*. Nichtsdestotrotz tendiert das Verfassungsgericht dazu, dem Stand der Staatsorgane den Vorzug zu geben. So zum Beispiel, als ein Fall (11. Juni 2003, № 10-П) untersucht wurde, der die Frage behandelte, ob das legislative Verbot, ein Referendum gleichzeitig mit Wahlen durchführen zu lassen, die Verfassung verletze, bekräftigte das Verfassungsgericht noch einmal die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Gesetzes. Es bemerkt hierzu: „Von der Tatsache ausgehend, dass jede dieser Formen gebildet wurde, um seine eigenen Ziele zu erreichen, soll der föderale Gesetzgeber die Zeit, um Wahlen als auch die Zeit, um ein Referendum anzuberaumen, festlegen. Da die gleichzeitige Anberaumung von Wahlen und eines Referendums der Willensäußerung der Bürger objektiv im Weg stehen kann und die Wirksamkeit beider Formen eines direkten Volksrechts mindert, soll der föderale Gesetzgeber das Recht haben, eine Regelung einzuführen, mit der die Anberaumung eines Referendums nicht mit der Anberaumung einer Wahl zusammenfällt.“ Da hier keine weitere Analyse dieser Schlussfolgerung erfolgen werden kann, halten wir fest, dass diese Argumentation von einem rechtlichen Blickpunkt aus ziemlich angreifbar ist. Und noch weniger verständlich in diesem Kontext ist die Anfechtung der Verfassungsformel der Volkssouveränität.

⁷ Zitiert nach der russischen Ausgabe: Алексеев А.С. К вопросу о юридической природе власти монарха в конституционном государстве. Ярославль, 1910, 67–68.

D DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

I. Inwieweit ist die Rechtsstaatlichkeit in Ihrem Land erfolgreich verwirklicht, insbesondere mit Blick auf a) die Achtung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die politischen Gewalten und b) die Bereitschaft der politischen Gewalten, Gerichtsentscheidungen, die ihre Befugnisse bescheiden, zu befolgen und umzusetzen?

II. Inwieweit ist die Demokratie in Ihrem Land verwirklicht, insbesondere mit Blick auf den Schutz und die Förderung a) eines echten Mehrparteien-Systems und b) die in regelmäßigen Abständen erfolgende Organisation und Überwachung freier und fairer Wahlen unter der Kontrolle unabhängiger Wahlkörperschaften?

III. Falls es Defizite in Bezug auf I. oder II. gibt, was sind die Ursachen für diese Defizite? Würden Sie sagen, dass die Implementierung des einen oder des anderen Prinzips in Ihrem Land weiter vorangeschritten ist? Falls ja, was sind die Gründe für den unterschiedlichen Implementierungsgrad? Welche Wechselwirkungen zwischen beiden Prinzipien lassen sich in Ihrem Land beobachten? Was sind die Konsequenzen dieser Wechselwirkung für die Implementierungsfrage?

Ungeachtet der Verfassungserklärung über die Idee eines Rechtsstaates und des Verfassungstextes der Institutionen, die diese Idee gewährleisten – wie Gewaltentrennung, Volkssouveränität, unabhängige Gerichte, die Prinzipien der Unschuldsvermutung, gleichberechtigte und kontradiktorische Beschaffenheit der Gerichtsverhandlung – wird allgemein behauptet, dass es übertrieben wäre, von einer Bewegung in Richtung eines Rechtsstaates zu sprechen.

Die Skala der bürokratischen und polizeilichen Willkürlichkeit ist so groß (was nicht nur von den Medienanalysen, sondern auch von soziologischen Umfragen bestätigt wird), dass man diese Umstände als Ist-Zustand bezeichnen kann und nicht als nur gelegentliche Episoden. Was schwerer wiegt, ist, dass diese Missstände – vor allem Korruption und Willkürlichkeit – selbst wenn sie öffentlich angeprangert werden,

nicht notwendigerweise mit den Mitteln der Strafverfolgung bekämpft werden. Uns sind außerdem Beispiele bekannt, wo bei Verstößen von hochrangigen Beamten oder ihren Angehörigen nicht nur keine Rechtsmittel erhoben werden, sondern diese Verstöße selbst sogar zu einer Rechtsgrundlage gemacht werden, um die Bürger, die als Opfer von diesen Verstößen betroffen waren, auch noch gesetzlich haftbar zu machen. Somit wird das Grundprinzip eines Rechtsstaates – Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz und dem Gericht – missachtet (Artikel 19 der Verfassung der Russischen Föderation). Aber das gefährlichste Phänomen ist die willkürliche Praxis am Gerichtshof. Eigentlich ist es nicht der Mühe wert, zu erwähnen, dass in einem Rechtsstaat gerade der für alle zugängliche und faire Gerichtshof jedes Individuum vor kriminellen Handlungen und vor der Willkür des Staates schützen kann. Wenn diese Institution innerhalb der Rechtsverfahren nicht funktioniert, wird der Bürger genau genommen ohne Hoffnung gelassen, dass seine Rechte und die Gerechtigkeit geschützt werden. Es ist kein Zufall, dass deshalb die Zahl der Beschwerden von Seiten russischer Bürger vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁸ so groß ist, auch wenn diese Zahl nicht die wahre Tragweite der Willkür und Rechtswidrigkeit widerspiegelt.

Natürlich kommt die Frage auf: *warum kann sich niemand sicher fühlen mit der gegebenen Verfassung, die angereichert ist mit liberalen Ideen und Prinzipien?* Die widersprüchlichste Antwort auf diese fundamentale Frage wurde in etwa so formuliert: „Werte eines demokratischen Rechtsstaates sind die Feinde der russischen Gesellschaft. Die russische Gesellschaft zieht Bevormundung und nicht die Freiheit der

⁸ Gemäß der Angaben von Anatoly Kovler, der als Richter Russland am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte repräsentiert, stieg die Zahl der Fälle, die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen Russland behandelt wurden, von 102 auf 192 im Jahre 2007. Mehr als 50 Prozent der Verstöße beziehen sich auf die misslungene Ausführung von Gerichtsurteilen. Unbegründete Inhaftierungen wurden ebenfalls zu einem Problem: Russland belegt hier mit der Türkei und Polen zusammen den ersten Platz mit 47 Fällen. Kovler ist aufgebracht: 68% der Inhaftierten werden in Untersuchungshaft gehalten, nur um die Bedeutung der Anlage zu verstärken. 32% der „Inhaftierungsfälle“ sind Haftstrafen.

Wahl vor. Sie tendiert dazu, Personen zu trauen und nicht Institutionen.“ *Aber ist diese Antwort richtig?*

Es ist verständlich, dass es in Russland, wie auch jedem anderen Land, nationale soziokulturelle und historische Besonderheiten gibt. Dem russischen Volk deswegen per se eine latente antidemokratische Haltung oder einen Gesetzes nihilismus zu unterstellen, ist trotzdem eine bloße Spekulation, die nur der Aufrechterhaltung des Status quo dient. Russland ist seit geraumer Zeit keine Gesellschaft, die in Tradition verharret. Wenn dies so wäre, wäre Russland eine homogene Gesellschaft, stehen geblieben im 16. oder 17. Jahrhundert. Die Geschichte Russlands (Landrevolten, Aufstände und Revolutionen) zeigt, dass unter bestimmten Bedingungen sein Volk imstande ist, aktiv gegen Gewalt und Ungerechtigkeit zu protestieren. Aber natürlich unterscheidet sich z.B. Russland von Frankreich, denn, mit den Worten des britischen Gelehrten L. Siedentops: „der Staat ritualisiert regelmäßige Gewaltausbrüche, indem er sie als Bedingung für sein Überleben in dieser extremen zentralisierten Form ansieht“.⁹ In der Tat ziehen die Russen generell den passiven Widerstand gegen die vom Staat verübte Willkür und Gewalt der aktiven Form des Protests vor. Im Übrigen ist dies nicht gerade ein passiver Widerstand, sondern eher *eine aufgezwungene Anwendung der falschen Eigenschaft von Macht, ihrer Handlungen und Aktionen*. Mit anderen Worten: Die Bürger Russlands tendieren statt eines organisierten Protests eher dazu, eine andere Strategie zu entwickeln: sich nicht an die Gesetze und Bestimmungen zu halten – was in der jahrhundertealten Tradition steht, Handlungen von Regierungsbeamten für unrechtmäßig zu halten.

Dadurch ist das, was *Gesetzes nihilismus* genannt wird bzw. *Verachtung und Miss-trauen dem Rechtsmechanismus gegenüber* bloß eine natürliche Reaktion der Menschen auf die falschen Lebensbedingungen. Wichtiger noch als der geistige Faktor ist der institutionelle. Wenn man auf das öffentliche (politische und rechtliche) Leben das ökonomische Konzept des „rati-

onalen Verhaltens“ anwendet – das besagt, dass trotz zum Teil widriger Umstände und Restriktionen der größtmögliche Nutzen angestrebt wird, so wird es verständlich, dass ein Mensch, der im Alltag weitgehend frei von Restriktionen leben möchte, bzw. der versteht, welche Reaktion des Staates zu erwarten auf bestimmte seiner Handlungen zu erwarten ist, dass dieser Mensch sich so verhalten wird, dass die Restriktionen und diese Reaktion ihn am wenigsten treffen können (ein elementares Beispiel: Im Bewusstsein, dass der Aufwand – Zeit, körperlicher Einsatz, Nerven –, der betrieben werden muss, um Sozialhilfe zu erhalten, verhältnismäßig groß ist, geht der Bürger immer öfter einen illegalen Weg, um diese Leistung zu erhalten – er besticht einen Beamten oder sucht nach einem Bekannten, der ihm weiterhelfen kann). Was von außen betrachtet wie Gesetzes nihilismus aussieht, ist in Wirklichkeit bloß eine adaptive Reaktion auf ein falsches Recht, auf falsche Vorgaben von Seiten der Regierungsbeamten und des Staat als Ganzem. Dasselbe gilt für den politischen Bereich: Seitdem die Bürger bemerkt haben, dass der Präsident eigentlich ein Monosubjekt ist, wenden sie sich hauptsächlich an ihn – aus Misstrauen gegenüber den anderen Institutionen wie dem Parlament, den politischen Parteien usw.

Was zuvor gesagt wurde, soll nicht eine Rechtfertigung von falschem Verhalten sein. Wir versuchen nur darzulegen, dass trotz der vielen soziokulturellen Besonderheiten der russischen Gesellschaft diese nicht zu der festgestellten Abkehr von den Idealen eines Rechtsstaates führen, sondern eher die *institutionellen Bedingungen*. Wie sehen diese Bedingungen aus?

Der Standpunkt des Autors ist, dass der Rechtsstaat ein *Wert* ist, während die Demokratie ein *Instrument* ist. Aber ohne dieses Instrument ist es unmöglich, eine Einschränkung der Rechte der Staatsmacht zu garantieren, was eine der Grundvoraussetzungen eines Rechtsstaates ist. Man kann sogar so weit gehen und sagen, dass Demokratie ohne Rechtsstaat (obwohl es keine moderne Demokratie wäre) möglich ist, während ein Rechtsstaat ohne Demokratie nicht möglich ist. Deshalb ist es notwendig, die Ursachen für die Abkehr von der Rechtsstaatlichkeit zu untersu-

⁹ Zitiert nach der Russischen Ausgabe: *Зидентоп Ларри. Демократия в Европе / Пер. с англ.; Под ред. В.Л. Иноземцева. М., 2001, 137.*

chen, in der unvollkommenen Konstruktion und Funktionsweise der demokratischen Institutionen zu suchen sind.

Es gibt ein grundsätzliches Hauptkriterium, das die Frage zu beantworten hilft, ob Demokratie existiert oder nicht. Dieses Kriterium ist nach Karl Popper die *Präsenz/Abwesenheit von politischem Wettbewerb*. Über den Bedarf nach größerem politischem Wettbewerb wird im zeitgenössischen Russland viel gesprochen, speziell innerhalb der Opposition. Dabei gibt es einige wenige Menschen, die zu dem Schluss kommen, dass ein freier politischer Wettbewerb nicht so sehr von den Einstellungen eines Einzelnen in dieser Frage abhängt, sondern im Gegenteil von den vorhandenen institutionellen Bedingungen (ähnlich einer freien Marktwirtschaft mit verschiedenen Bedingungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs, die sich aus den institutionellen Gegebenheiten ergeben).

Die Analyse, die vom Autor dieses Berichts¹⁰ vorgenommen wurde, deckt auf, dass die Art und Weise, wie die Verfassung gestaltet wurde, unweigerlich dazu führt, dass Macht innerhalb eines monozentristischen Systems ausgeübt wird, wodurch politischer Wettbewerb verhindert wird. Lassen Sie uns an diesem Punkt auf die grundlegenden Parameter dieser Gestaltung näher eingehen.

Russland hat das Modell einer gemischten (semipräsidentialen) Republik gewählt. Zum ersten Mal wurde dieses Modell in der Weimarer Republik angewendet und es existiert heute noch in Frankreich, Portugal, Slowenien, Kroatien etc. und auch in einem Großteil der Teilrepubliken der ehemaligen UdSSR. Wir wollen hier nicht die wesentlichen Vor- und Nachteile dieses Modells beschreiben, sondern uns stattdessen direkt der russischen Machtgestaltung zuwenden.

Der Aufgabenbereich aller großen Institutionen der Macht, in erster Linie der dem Präsidenten und dem Parlament zuzurechnenden Teile – das „Regierungsdreieck“ –, scheint gemäß den Anforderungen des

Systems der Gewaltenteilung mit den Checks und Balances als den Hauptkomponenten ausgestaltet zu sein. Trotzdem wird bei genauer Betrachtung *ein Ungleichgewicht* direkt innerhalb des Systems offenbar. Lassen Sie uns nur die deutlichsten Kennzeichen dieses Ungleichgewichts auflisten.

Erstens bestimmt *der Präsident der Russischen Föderation die wichtigsten Richtlinien der Innen- und Außenpolitik* (Artikel 80 der Verfassung der Russischen Föderation). Als der Entwurf der Verfassung 1993 ausgearbeitet wurde, war diese Bestimmung Gegenstand einer hitzigen Debatte, wurde aber trotz alledem in den Entwurf genommen. Die historischen Motive dafür sind offensichtlich (die Bedrohung durch Elemente der kommunistischen Revanche war ziemlich real in der Zeit, als Präsident Jelzin als Garant für demokratische Reformen angesehen wurde), aber trotzdem weicht die Bestimmung im Kern von der Idee der Gewaltenteilung ab. Wie zuvor bereits gesagt, muss beachtet werden, dass das Verfassungsgericht der Russischen Föderation eine Entscheidung zurückwies, die der präsidentialen Definition von Politik eine gebieterische Eigenschaft beimaß und ihre Haltung verbindlich für alle Staatsorgane machte.

Zweitens *können große politische Gewalten des Parlaments nicht als Gleichgewicht zu präsidentialen Privilegien handeln*. Dies wird wie folgt garantiert:

- Der Regierungsvorsitzende (Premierminister) wird *mit Zustimmung der Staatsduma* formal ernannt. Aber selbst wenn die politischen Gegner des Staatsoberhauptes die Mehrheit in der Staatsduma haben, haben sie weder das Recht, die Zusammensetzung des Kabinetts zu beeinflussen, was ausschließlich dem Präsidenten vorbehalten ist, noch die Besetzung des Postens des Regierungschefs zu verhindern, da nach dreimaliger Ablehnung des Kandidaten der Präsident den Vorsitzenden ernennt und die Duma *auföst* (Artikel 83 und 111). Somit darf eigentlich *nur der Präsident der Russischen Föderation die Zusammensetzung der Regierung der Russischen Föderation festlegen* und auf diese Weise ist er in keiner Weise an die

¹⁰ siehe für weitere Einzelheiten in der russischen Ausgabe: Краснов М.А. Персоналистский режим в России: опыт институционального анализа. М.: Фонд „Либеральная миссия“, 2006.

Ergebnisse der Parlamentswahlen gebunden;

- Die Staatsduma hat formell die Möglichkeit, Einfluss zu nehmen auf die Entlassung – durch ein Misstrauensvotum – oder die Bestätigung der Regierung – durch ein Vertrauensvotum. Dennoch ist der Präsident nicht an dieses Votum gebunden: Er kann selber entscheiden, ob er die Regierung absetzt oder die Duma auflöst (Artikel 83 und 117 der Verfassung der Russischen Föderation). Es ist offensichtlich, *dass der Präsident in einem solchen Fall die Duma auflösen würde, da die Regierung von ihm selbst eingesetzt wurde;*
- Die Staatsduma *kann formal ein Gesetz annehmen, das den Prioritäten des Präsidenten zuwiderläuft.* Aber wenn der Präsident das Gesetz ablehnt, werden zwei Drittel der Gesamtstimmen der Duma und zwei Drittel der Stimmen der Föderalen Ratsmitglieder (des Oberhauses) benötigt, um seinen Einspruch zu überstimmen. Diese Mehrheit zu erhalten ist praktisch unmöglich, sogar allein in der Duma. *Es ist genauso wenig realistisch, dass der Einspruch des Präsidenten von einem qualifizierten Mehrheitsvotum im Föderalen Rat überstimmt wird.* Es muss beachtet werden, dass diese Kammer aus regionalen Repräsentanten zusammengesetzt ist, die politisch nicht sehr bewandert und kaum geneigt sind, Konflikte mit dem Präsidenten und der exekutiven Macht auszutragen (es ist kein Zufall, dass sogar zu der Zeit, als Jelzin wenig Unterstützung in der Gesellschaft und im Parlament genoss, es nur ein Beispiel gab, wo die Möglichkeit bestand, den Einspruch zu überstimmen – als über das Gesetz der Rückerstattung von Kulturgütern abgestimmt wurde).

Drittens: Die Regierung ist vollkommen abhängig vom Präsidenten der Russischen Föderation (wir berücksichtigen in diesem Zusammenhang nicht den Abzug der informellen Absprache bezüglich des Transfers des Entscheidungszentrums vom Präsidenten zur Regierung). Außer den oben genannten Einflussmöglichkeiten des Präsidenten bei der Regierungsbildung stehen ihm noch andere Mittel zur Verfügung, mit

denen die Exekutive beeinflusst werden kann. Und obwohl er laut Verfassung nicht das Oberhaupt der Exekutive ist, steht er de facto an der Spitze dieser Macht, aber er trägt keine politische Verantwortung für die Tätigkeit der Regierung (es ist interessant, dass soziologische Umfragen, die zur Zeit der Präsidentschaft Vladimir Putins durchgeführt wurden, aufgezeigt haben, dass die Bevölkerung großes Vertrauen in den Präsidenten und viel weniger Vertrauen in die Regierung hat). Hierzu gehört:

- *Der Präsident kann die Entscheidung, die Regierung zu entlassen, zu jeder Zeit und ohne Angabe von Gründen fällen (Artikel 117).* Tatsächlich wurden alle Kabinettsentlassungen, angefangen bei der ersten nach der Verabschiedung der neuen Verfassung im Jahr 1993, nicht von der realen Sachlage im Land diktiert, sondern waren durch Hintergründe und Geschehnisse am „königlichen Hofstaat“ motiviert, die von der Gesellschaft nicht gut nachvollzogen werden konnten;
- Die Regierung erlässt auf der Grundlage und in Ausführung der Verfassung der Russischen Föderation, der Föderalen Gesetze und der normativen Dekrete des Präsidenten der Russischen Föderation Verordnungen und Verfügungen (Artikel 115);
- Der Vorsitzende der Regierung der Russischen Föderation bestimmt in Übereinstimmung mit der Verfassung der Russischen Föderation, den Föderalen Gesetzen und den Dekreten des Präsidenten die Grundrichtungen der Tätigkeit der Regierung (Artikel 113);
- Vor einem neu gewählten Präsidenten der Russischen Föderation und nicht vor der Duma legt die Regierung ihre Ämter nieder (Artikel 116);
- Der Präsident hat das Recht, *Verordnungen und Verfügungen der Regierung aufzuheben*, wenn er der Ansicht ist, sie widersprechen nicht nur der Verfassung und dem Gesetz, sondern auch den Dekreten des Präsidenten (Artikel 115);
- Der Präsident *hat die Leitung der Außenpolitik inne* (Artikel 86);

- Da der Präsident verantwortlich ist für die Verteidigung und Sicherheit des Landes, muss er die Arbeit der Ministerien und Abteilungen (bzw. die Organe der Exekutive), zu deren Aufgabenbereich die Verteidigung, Sicherheit und Außenpolitik gehören, überwachen und auch Bestimmungen erlassen zur Leitung dieser Organe (Artikel 32 des Regierungsrechts der Russischen Föderation).

Das bedeutet: Sogar ein unpopulärer Präsident hat enorme institutionelle Macht, die Meinung des Parlaments und der oppositionell gesinnten Kräfte zu missachten – wenn nicht sogar zu unterdrücken. Auf jeden Fall soll das Instrument der Politik – die Regierung – in den Händen des Staatsoberhauptes bleiben. Einigen Autoren zufolge ist dies generell ein Kennzeichen für präsidentiale und semipräsidentiale Modelle. Wie der prominente US-Politologe Juan Linz schrieb, ist der Präsident überzeugt, dass er mit unabhängiger Autorität ausgestattet ist und die Unterstützung des Volkes genießt – etwas, was ihn seine eigene Stärke und Mission fühlen lässt, auch wenn die Gesamtzahl derer, die wählen, nicht sehr groß ist. Vor diesem Hintergrund betrachtet er seine Position und seine Rolle und er *beginnt die unvermeidbare Opposition gegen seine Politik als einen irritierenden und demoralisierenden Faktor wahrzunehmen* – ganz anders als ein Premierminister (in einem Parlamentsmodell – M.K.), der sich selbst bloß als einen Repräsentanten der aktuellen Regierungskoalition sieht und nicht als jemand, der die Interessen der Nation vertritt oder als einen populären Tribünenwortführer ...¹¹ Dies ist viel offensichtlicher in einem System, in dem der Präsident keinerlei Widerspruch erfährt. Wenn ein Präsident Popularität genießt, ist das beschriebene Phänomen so stark, dass es das Wesentliche des monozentristischen Regimes offenbart: ein solches Monosubjekt kann, je nach seiner eigenen politischen Weltanschauung, Opposition erlauben oder sie völlig unterbinden.

Auf jeden Fall *ist politischer Wettbewerb unter diesen Umständen unmöglich*. In erster Linie hängt ein solcher Wettkampf, z.B. freie Aktivitäten der verschiedenen Parteien und Bewegungen, trotz der Aussagen der Verfassung vom Willen des Präsidenten ab, der als Monosubjekt die Möglichkeit hat, die exekutiven Kräfte auch nicht-institutionell gegen die oppositionellen Kräfte einzusetzen. Darüber hinaus ist der politische Kampf nur ein Teil des politischen Wettkampfs. Ein politischer Wettkampf in der vollen Bedeutung heißt auch, dass die unterschiedlichen politischen Kräfte die gleichen Möglichkeiten haben, die Bestimmungen der Verfassung zu nutzen. Diese erlauben ihnen prinzipiell, ihre Positionen ungehindert öffentlich zu vertreten, und mehr noch, durch das Wahlverfahren ein politisches Mandat zu erlangen, um ihre jeweilige Politik umzusetzen, und sei es nur dadurch, dass das Recht des „Besiegten“ (Opposition) geachtet wird, um auch Einfluss auf die Staatspolitik nehmen zu können. Auf diese Weise würde der politische Wettbewerb nicht mit den regulären Wahlen enden. Der Sieger der Wahlen, der den Regierungsauftrag erhalten hat, und der Verlierer, der die Opposition bildet, bleiben Konkurrenten und führen fort, sich in der politischen Auseinandersetzung zu engagieren. Und schließlich, drittens: Politische Konkurrenz muss einen Impuls haben. In einer normalen Situation entsteht solch ein Impuls für die Parteien aus der Gelegenheit, ein Mandat zu gewinnen, um bestimmte sozialen und wirtschaftliche Positionen zu vertreten – als Regierungspartei oder in einer Regierungskoalition. Um dies zu erreichen, ist es notwendig, dass bei der Bildung der Regierung (das Kabinett steht unter der Kontrolle der Staatsduma) die Ergebnisse der Parlamentswahlen berücksichtigt werden. Obwohl in einem gemischten Modell die Regierungen oft unter der Kontrolle sowohl des Präsidenten als auch des Parlaments stehen, können sie normalerweise niemals unter der alleinigen Kontrolle des Präsidenten stehen. *Die russischen Parteien haben solch einen Impuls nicht*, weil keine Partei jemals Einfluss (zumindest auf reale Art und Weise) auf die Bildung der Regierung haben wird – selbst dann nicht, wenn sie die Mehrheit im Parlament erlangt. Man könnte einwenden, dass in der Tat ein Impuls für die Parteien der Wettstreit um die

¹¹ zitiert nach der russischen Ausgabe: Линц Хуан. Опасности президентской формы правления // Теория и практика демократии. Избранные тексты / Пер. с англ. под ред. В.Л.Иноземцева и Б.Г.Капустина. – М., 2006, 217.

Präsidentschaft sein könnte. Hierzu muss aber gesagt werden, dass es eine etablierte politische Praxis in Russland ist, dass Präsidenten nach ihrer Einsetzung ins Amt gewissermaßen aufhören, Mitglied einer Partei zu sein. Auf der anderen Seite wird der Präsident von Russland aufgrund seiner institutionellen Omnipotenz von der Gesellschaft ohnehin nicht als Parteiführer angesehen. Alle Präsidialwahlen sind Wahlen von Personen respektive Persönlichkeiten, und eines Parteiprogramms oder -führers. Ferner gibt es noch einen weiteren Aspekt: Da faktisch alle Institutionen die Macht und Dominanz des Präsidenten unterstützen, haben politische Parteien praktisch keine Chance, die Politik des Landes zu beeinflussen und dadurch auf sich aufmerksam zu machen, zumal das Parlament auch über keine geeigneten Mittel verfügt, um seinen Einfluss in die Arbeit der Regierung einzubringen.

Der politische Wettbewerb unterscheidet sich vom ökonomischen insofern, dass bei ihm eine Monopolstellung nicht ausgeschlossen wird: einerseits ist niemand im Fall des politischen Wettbewerbs „im Besitz einer Ware, für die es keine Alternative gibt“ – was ein Kennzeichen für einen Monopolisten ist – ((von mir zur Erklärung hinzugefügt)) und andererseits darf man nicht vergessen, dass der „Sieg im Wettbewerb“ die Staatsmacht ist. Diese Situation macht reale und wirksame Kontrolle über den Sieger, der somit eine Monopolstellung erhält ((von mir zur Erklärung hinzugefügt)), logischerweise unmöglich.

Daraus ergibt sich noch ein Ziel eines demokratisch organisierten Staates – eine Partei darf keinen rivalisierenden Teilnehmer im politischen Wettbewerb daran hindern, auf die Seite des Siegers, des Monopolisten ((von mir zur Erklärung hinzugefügt)) zu wechseln. Die Besonderheit der politischen Rivalität liegt in der Tatsache begründet, dass dieses Verbot nicht durch legislative Bestimmungen oder individuelle Kontrolle, sondern durch *ein institutionelles Gleichgewicht innerhalb der Checks and Balances* gewährleistet ist. Im Unterschied zur Wirtschaft, wo der Staat gefordert ist, Monopole und unlauteren Wettbewerb zu unterbinden, verkörpert auf politischer Ebene das marktbeherrschende Subjekt, der Monopolist, ((von mir zur Erklärung

hinzugefügt)) an sich den Staat, während alle anderen institutionellen Mächte unter seiner Kontrolle stehen. Dabei bekommt der institutionelle Monopolist eine große Chance, sämtliche Aktivitäten zu kontrollieren und sogar mögliche „Konkurrenten“ gar nicht erst am Wettbewerb teilnehmen zu lassen, sie in „Satelliten“ und „Staatsfeinde“ zu unterteilen und letztendlich die Bedingungen ihrer politischen Tätigkeit zu seinen Gunsten festzulegen.

Auf diese Art und Weise ist das institutionelle Ungleichgewicht im gegenseitigen Kontrollsystem ein Hindernis für einen politischen Wettbewerb. Das Fehlen von politischem Wettbewerb führt auch zu Verzerrungen bei allen Institutionen eines Rechtsstaats. *А извращение демократии делает построение правового государства. So ist es ein kleines Wunder, dass die *Gerichtshöfe und die Polizei*, deren aktive Eigenschaft das Urteil einer Person hinsichtlich des Dekrets der Funktionsfähigkeit des Rechtsstaates formen können, nicht tätig werden können, wenn sie die Verfassung und das Gesetz als Ausgangspunkt nehmen. Und solange das „politische Pendel“ nicht gleichmäßig schwingt, sind diese Institutionen *zwangsläufig genötigt, den Interessen der politischen Gruppe, die an der Macht ist, zu dienen*. Dies passiert zum einen, weil diese Institutionen, in erster Linie das Gerichtssystem, nicht genügend politische Unterstützung erfahren (eine derartige Unterstützung ist sogar in den Ländern nötig, die eine starke Justizmacht haben¹²), und zum anderen, weil die politische Macht angesichts des Machtmonopols zusätzliche Autorität gewinnt, die sie befähigt, judikative Gewalt zu kontrollieren. Ein Beispiel dafür sind die neuen Zusätze, die in das Gesetz über den Status der Richter in der Russischen Föderation aufgenommen wurden, die dem Präsidenten noch mehr Befugnisse verleihen, auf die Personalpolitik bei der Besetzung der höchsten Richterämter und der Vorsitzenden aller föderaler Gerichtshöfe Einfluss zu nehmen. So kommt es letztendlich zu einer „umfassenden administrativen Autorität“

¹² Es ist bekannt, dass Mitte der 1930er Jahre US-Präsident Roosevelt beabsichtigte, die Zusammensetzung des US Supreme Court zu ändern, weil dieser bei der Inkraftsetzung des New Deals des Präsidenten seine Zustimmung verweigerte. Obwohl Präsident Roosevelt sehr populär war, scheiterte er bei diesem Vorhaben.

im Justizwesen, die es möglich macht, die Tätigkeiten aller Richter zu kontrollieren, indem sich der Präsident zum „Boss“ des Justizsystems aufgeschwungen hat.

E WELCHES SIND DIE SCHLUSSFOLGERUNGEN, DIE AUS DEN AUSFÜHRUNGEN UNTER A. BIS D. FÜR DIE FRAGE GEZOGEN WERDEN KÖNNEN, OB IN DER ARBEIT NATIONALER UND INTERNATIONALER EINRICHTUNGEN DER ENTWICKLUNGSKOOPERATION RECHTSSTAATSPROGRAMMEN DER VORZUG VOR DER FÖRDERUNG DEMOKRATISCHER REFORMEN GEGEBEN WERDEN SOLLTE?

Im Februar 2008 zeigte eine Studie der Bertelsmann Stiftung, als für den BTI (Bertelsmann Transformation Index) zum dritten Mal die politische und wirtschaftliche Transformation in 125 Ländern untersucht wurde, dass die Zahl der demokratischen Staaten in der Welt angestiegen ist, aber auch, dass sie zunehmend zu latenten Autokratien werden. Diese Untersuchungen offenbaren ein neues Phänomen: Während immer mehr Länder offiziell als demokratisch eingestuft werden, vergrößert sich parallel dazu die Zahl der Staaten, deren demokratisches System kraftlos ist. Zum Beispiel verfügen 75 der 125 untersuchten Länder offiziell über ein demokratisches System mit freien Wahlen, Gewaltenteilung und Bürgerrechten. Das sind fünf Staaten mehr als im Jahr 2006. Trotzdem sind die Tendenzen in vielen dieser Länder beunruhigend. Nur 23 Demokratien, die untersucht wurden, erwiesen sich als unbeschadet, während 41 als „defekte Demokratien“ und zehn von ihnen sogar als „erheblich defekt“¹³ bezeichnet werden.

Warum stellen sich postsozialistische und posttraditionelle Demokratien als defekt heraus? Aus unserer Sicht – und dies ist die *Hauptlektion* all dessen, was oben gesagt wurde – lässt dieses Phänomen auf die folgende fundamentale Ursache zurückführen: Wenn eine Gesellschaft nach langen Jahren der politischen Unmündigkeit erst einmal neue Erfahrungen machen muss, wenn sich die Werte eines demokra-

tischen Rechtsstaates, die einer pluralistischen Gesellschaft zugrunde liegen, bei großen Schichten der Gesellschaft noch nicht durchgesetzt haben und verinnerlicht worden sind, wenn die so genannte Mittelklasse, die sich nicht so leicht bevormunden lässt, noch ausgebildet werden muss, wenn immer stereotype Denkweisen vorherrschen, wenn die Verantwortlichkeit der Bürger geringgeschätzt oder gar abgelehnt wird, und schließlich, wenn das Pro-Kopf-Einkommen immer noch sehr niedrig ist, dann kann eine solche Gesellschaft mit Sicherheit nicht für Demokratie und Rechtsstaat stehen. In solch einer Gesellschaft ist das soziale Bewusstsein der Elite hinsichtlich der Wertorientierungen und des Rechtsbewusstseins weitgehend gleichzusetzen mit dem der ganzen Gesellschaft. Diese Elite greift auf den Erfahrungsschatz zurück, den sie in der Zeit vor der Etablierung der formalen demokratischen Institutionen gesammelt hat, und richtet häufig immer noch ihr alltägliches Leben danach aus. Und erst wenn die Gesellschaft selbst demokratische Werte als ihre Hauptwerte anerkennt, kann sie auch die *korrekt organisierten Institutionen als die Eckpfeiler einer Entwicklung entlang der Richtlinien hin zu einem demokratischen Rechtsstaat wertschätzen*.

Die Worte „korrekt organisiert“ bedeuten in diesem Kontext, dass es in einer verfassungsmäßigen Ausgestaltung eines Staates eindeutig unzureichend ist, die demokratischen Institutionen bloß zu proklamieren. Es ist notwendig, ihre Grundlage sicherzustellen und Parameter festzulegen, um Kriterien zu haben, mit denen die Entwicklung der Demokratie im Land und der Status des sozialen Bewusstseins bewertet werden können, und um tatsächlich die Bürger aktiv für diese Institutionen zu interessieren. Dies ist ein sehr komplexes politisches und rechtliches Ziel. Aber falls es nicht erreicht wird, ist es kaum zu erwarten, dass Demokratie in einem solchen Land frei von „Defekten“ sein kann.

¹³ siehe: <http://www.inopressa.ru/print/welt/2008/02/18/14:10:56/democracy>

Eine defekte Demokratie blockiert zwangsläufig die Entwicklung des Staates hin zu einem Rechtsstaat. Deshalb ist für die Ausbildung des Rechtsstaates in Russland eine *Verfassungsreform* von so entscheidendem Interesse. Aber diese Reform muss auf einem gesellschaftlichen Konsens beruhen, ansonsten wird nur der Status quo mit konstitutionellen Mitteln zementiert.

VENEZUELA

Prof. Dr. Jesús M. Casal H.

A VERFASSUNGSGESCHICHTE

I. Welches Rechtsstaatsverständnis herrschte in Ihrem Land zur Zeit der Entstehung der geltenden Verfassung vor?

- Die heute in Venezuela geltende Verfassung wurde 1999 erarbeitet. Zu diesem Zeitpunkt war man sich durchaus bewusst, dass sich die politische Macht dem Gesetz unterzuordnen hat. Vorstellungen von einem Rechtsstaat gab es durchaus, wenn auch nur zunächst nur ansatzweise in der akademischen Ausbildung und der politischen Diskussion. Der Rechtsstaat wurde nicht als etwas bereits Erreichtes angesehen, sondern vielmehr als ein „Sollen“, das bei den Staatsorganen erst begrenzt realisiert war.
- Die Staatslehre definierte den venezolanischen Staat als einen sozialen und demokratischen Rechtsstaat.¹ Dabei orientierte sich diese Definition an einer in der westeuropäischen Staatslehre vorherrschenden Formulierung, die über das spanische Recht großen Einfluss in den lateinamerikanischen Staaten erreicht hatte. Relativ oberflächlich wurde allerdings auf die Inhalte bzw. Implikationen des Staatsrechtes eingegangen, da sich die Fachdiskussion auf die Auseinandersetzungen zwischen dem *sozialen* Rechtsstaat und dem *liberalen* Rechtsstaat konzentrierte, obwohl die inhaltlichen und institutionellen Säulen des Rechtsstaates noch gar nicht fest verankert waren.
- In nur geringem Maße konsolidiert war auch der Begriff des verfassungsmäßigen Rechtsstaates, da lange Zeit die Idee eines legalen Rechtsstaates vorherrschte – vor allem auch deswegen, weil vornehmlich das Verwaltungsrecht als Grundlage für die Forschung über Staatsthemen und die Kontrolle über die Ausübung der Gewalten diente. Die Mehrheit der venezolanischen Rechtsgelehrten, die in den 1970er Jahren ihre Arbeiten veröffentlichten, kamen aus dem Verwaltungsrecht, hatten überwiegend in Frankreich studiert und befürworteten die Stärkung des Verwaltungsrechts unter der Prämisse des Legalitätsprinzips und der Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Dieser französische Ansatz dürfte dazu beigetragen haben, dass nicht klar erkannt wurde, welche Folgen das Primat und die normative Kraft der Verfassung haben, da damals der französische Verfassungsrat erst seine ersten Schritte bei der Überprüfung der Gesetze auf Verfassungsmäßigkeit machte und die Menschenrechte oder öffentlichen Rechte erstmals zum Kontrollmaßstab wurden.
- Als weiterer äußerer Einfluss, der dazu beigetragen haben dürfte, dass das Konzept des Verfassungsstaates in Venezuela erst so spät aufkam, ist das spanische Recht zu nennen, das damals einigen Einfluss auf die Studiengänge des öffentlichen Rechts in Venezuela ausübte. Die Tatsache, dass bis zur Verabschiedung der Verfassung von 1978 in Spanien ein diktatorisches Regime herrschte, das auf dem Verwaltungsrecht basierte und unter dem die Staatsrechtler auswanderten oder sich auf vergleichende Forschungen zurück-

¹ Combellas, Ricardo, „Crisis y reformulación de los principios jurídico-políticos del Estado de Derecho en el Estado Social“, *Libro Homenaje a Manuel García Pelayo*, Caracas, UCV, 1980, 35 ff.

ziehen mussten, die in die Vorlesungen über Staatsrecht einfließen, führte zu einem – wenngleich stark überzeichneten – Bild eines starken Verwaltungsrechts und eines schwachen Verfassungsrechts.

- Hinzu kamen innere Einflüsse. Nachdem 1958 in Venezuela die Demokratie ausgerufen worden war, wurde 1961 eine Verfassung verabschiedet, deren Formulierungen in Bezug auf Gewaltenteilung und -kontrolle sowie im Hinblick auf die Verwirklichung und Garantie der Grundrechte beispielhaft waren. Dennoch hatte die Verfassung nur eine begrenzte normative Kraft, da viele Normen nur einen programmatischen Charakter hatten, so dass die Wirksamkeit dieser Bestimmungen der Entwicklung der Gesetzgebung unterlag.
- Insbesondere die Verfassungsbeschwerde als wichtigste Rechtsgarantie wurde vom Obersten Gerichtshof (*Corte Suprema de Justicia*) als eine eher programmatische Norm angesehen, die bis zur Verabschiedung des einschlägigen Gesetzes nicht zur Anwendung gelangte. Dies sollte erst 1988, beinahe 30 Jahre nach Inkrafttreten der Verfassung, geschehen. Dennoch fanden die Richter der einzelnen Instanzen Wege, die Verfassungsbeschwerde mit Leben zu füllen, was sich bis in die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs selbst fortsetzte, die ihren früheren Ansatz revidierte und 1983 erklärte, die in Artikel 49 der Verfassung verankerte Verfassungsbeschwerde komme juristisch sehr wohl zur Anwendung. Die fehlenden Regelungen über Zuständigkeit und Verfahrensweg wurden analog zu einer Übergangsbestimmung der Verfassung zum *Habeas-Corpus*-Prinzip² gelöst. Damit war das Mittel der Verfassungsbeschwerde allgemein durchgesetzt und die Verfassung hielt sichtbar Einzug in die einzelnen Gerichte des Landes, wurde zu einem häufig eingesetzten Maßstab bei der Regelung von Kontroversen. Damit wurde auch ihre normative

Kraft in anderen Bereichen gestärkt, einschließlich der Überprüfung der Gesetze auf Verfassungsmäßigkeit. Die Anerkennung der normativen Geltung der Verfassungsnormen wurde auch durch Beiträge der spanischen Rechtslehre im Zusammenhang mit dem Wandel in Spanien begünstigt, der dort nach der Verabschiedung der Verfassung von 1978 und der Einrichtung des Verfassungsgerichts einsetzte.

- Die Anerkennung des Primats und der normativen Kraft der Verfassung trug zur Ausbildung des Rechtsstaates bei, der aber immer noch ein wesentliches Defizit aufwies: Die Bindung der Macht an das Recht wurde im Allgemeinen als eher formal angesehen. Wichtig war nicht so sehr, sich an den Geist der Gesetze oder der Verfassung zu halten und auch nicht so sehr, die Rechtsinstitutionen als solche zu respektieren, sondern vielmehr das öffentliche Handeln an die Formulierungen der Bestimmungen anzupassen, auch wenn der Geist oder die Ziele des Gesetzes dabei in Frage gestellt blieb.

II. Welches war das Demokratieverständnis, von dem sich die Autoren der Verfassung leiten ließen? Wie wurde insbesondere die Volkssouveränität als Grundlage der Demokratie aufgefasst? Wurde sie als ursprüngliche und uneingeschränkte Gewalt des Volkes angesehen oder als eine Gewalt, die im Hinblick auf die verschiedenen Formen ihrer Ausübung (Verfassungsreferenden, Volksabstimmungen, Wahlen) einer Regulierung bzw. Verrechtlichung zugänglich war?

- Die Entstehung der Verfassung der Bolivarischen Republik Venezuela (*Constitución de la República Bolivariana de Venezuela – CRBV*) von 1999 war von dem Spannungsverhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie geprägt. Zum besseren Verständnis dieser Spannung muss auf die Krise der politischen Institutionen in den 1980er Jahren Bezug genommen werden. Die 1958 eingerichtete Demokratie konnte sich als politisches System konsolidieren und erreichte zwei wesentliche Ziele im Lichte der vorausgegangenen politischen Entwicklung, nämlich die Unterordnung der

² siehe Ayala, Carlos, "La acción de amparo constitucional en Venezuela", in: Brewer-Carías und Ayala, Carlos, *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, Caracas, EJV, 1988, 111 ff.

Streitkräfte unter die zivile Macht und die Abwechslung der Parteien bei der Ausübung der Regierungsmacht auf der Grundlage freier Wahlen. Wichtig waren auch die sozialen Errungenschaften, die sich in der Umsetzung stabiler Regierungsprogramme und einem der Bevölkerung allgemein zugänglichen Gesundheits- und Bildungswesen niederschlugen.

- In den 1980er Jahren kam es allerdings zu einer spürbaren Lähmung der Institutionen, die lange übersehen wurde. Insbesondere tendierte die politische Elite dazu, sich auf sich selbst zurückzuziehen und sich von den sozialen Basisorganisationen der Partei und der Bevölkerungsmehrheit abzukapseln, die in zunehmende Armut geriet und unter verschiedenen Formen der Ausgrenzung zu leiden hatte. Parallel dazu hatten die politischen Parteien die einzelnen öffentlichen und zivilen Bereiche (Justiz, Gewerkschaften, Universitäten) vereinnahmt, was zur Entstehung der so genannten „Partidocracia“, zur Herrschaft der politischen Parteien führte.
- Diese Situation begünstigte den politischen und teilweise auch akademischen Diskurs, der der repräsentativen Demokratie die Verantwortung für viele Probleme des Systems anlastete. Anstatt dem zunehmenden Misstrauen, das sich gegenüber den politischen Parteien und dem von diesen beherrschten Parlament breitgemacht hatte, durch eine Reform dieser Institutionen und einen Diskurs ihrer Rolle in der Gesellschaft zu begegnen, wurden Forderungen nach einer partizipativen Demokratie bzw. nach mehr direkter Beteiligung der Bürger laut. Referenden, offene Versammlungen oder die Mitwirkung von sozialen Organisationen bei der Auswahl der Richter oder anderen Kontrollbehörden wurden als Mittel zur Korrektur von Fehlentwicklungen angesehen. Die einsetzende Begeisterung für die partizipative Demokratie war in gewisser Hinsicht verständlich und einige Fehlentwicklungen konnten in der Tat behoben werden. Allerdings wurden zunehmend auch Ansätze unterstützt, die in der direkten Ausübung der Volkssouveränität die große Lösung für alle Defizite der bestehenden Institutionen sahen. Dabei lag das Problem nicht so sehr in der Partizipation der Bevölkerung an sich, ein durchaus plausibler Gedanke, sondern vielmehr in der Frage nach dem Ausmaß, wie weit diese Partizipation reichen sollte, und im Ansatz einiger Positionen, denen die entsprechende Legitimität fehlte.
- Weder die politischen Parteien noch die zuständigen Behörden reagierten auf die sozialen Forderungen nach Erneuerung oder Reform mit der erforderlichen Energie und Tiefe, wodurch sich das Gefühl von Stagnation und Ausgrenzung weiter verstärkte. Somit radikalisierte sich die Forderung nach mehr Bürgerpartizipation und nahm zuweilen sogar revolutionären Charakter an, so dass sich das Spannungsverhältnis zwischen der repräsentativen Demokratie und der direkten Bürgerpartizipation in gewisser Hinsicht auf Szenarien außerhalb der Verfassung verlagerte und somit auf das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.
- Die Spannung erreichte ihren Höhepunkt in der Polemik um die Einberufung einer Verfassungsgebenden Versammlung und das Procedere hierfür. Die Mehrheit sprach sich für die Einberufung einer außerordentlichen verfassungsgebenden Versammlung aus, die die überfällige politische Transformation in Angriff nehmen und eine neue Verfassung erarbeiten sollte, über die dann per Volksabstimmung entschieden werden sollte. Bis 1999 waren zahlreiche Vorschläge für Verfassungsänderungen eingereicht worden. Die Tatsache allerdings, dass von den Institutionen selbst viele dieser Ansätze blockiert wurden, ließ jede Hoffnung auf einen systemkonformen Ausweg schwinden. Dies gab solchen Thesen Auftrieb, die sich für den direkten Bruch mit der Verfassung aussprachen und direkt auf das Prinzip der Volkssouveränität zurückgreifen wollten – ohne die Bestimmungen der Verfassung von 1961 zu respektieren. In der Verfassung war nämlich festgelegt, dass allein der Kongress Verfassungsänderungen oder Verfassungsreformen verabschieden konnte, wobei

Letztere über ein Referendum zu bestätigen waren.

- Die Unruhe in der Bevölkerung und der Wahlsieg des Präsidentschaftskandidaten, der die Einberufung einer Verfassungsgebenden Versammlung zum Hauptthema seiner Kampagne gemacht hatte, veranlassten die den Kongress noch dominierenden traditionalistischen Kräfte, einer Verfassungsreform zuzustimmen. Sie sollte der Einberufung einer Verfassungsgebenden Versammlung den Weg ebnen. Der Chavismus lehnte jedoch dieses Verfahren ab und bestand auf dem revolutionären Charakter der Verfassungsversammlung. Chávez war vor allem auch nicht bereit, irgendeine Vereinbarung mit den etablierten Parteien zu schließen, die seiner Ansicht nach von der politischen Bühne entfernt werden sollten. Dann wurde die Einberufung einer verfassungsgebenden originären Volksversammlung mit Unterstützung des Obersten Gerichtshofs vorgezogen. Das Gericht bezeichnete die Volksmacht als „souverän, der Verfassung übergeordnet und allumfassend“, die demzufolge von der geltenden Verfassung weder verboten noch eingeschränkt werden könnte.³ Unter Anwendung des Gesetzes zur Regelung des Wahlrechts und der politischen Partizipation (*Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*) wurde ein lediglich konsultatives Referendum abgehalten, dem der Oberste Gerichtshof bindende Kraft zusprach. Das Ergebnis war eine überwältigende Stimmenmehrheit für die Einberufung einer Verfassungsgebenden Versammlung (*Asamblea Nacional Constituyente*). Noch vor der Einberufung versuchte der Oberste Gerichtshof selbst die Befugnisse der Versammlung zu begrenzen, die binnen kürzester Zeit ihre Tagungen aufnehmen sollte. Es war jedoch bereits zu spät, die einmal zugesagten Befugnisse konnten nicht wieder zurückgenommen werden. Nach dem Referendum und der Wahl ihrer Mitglieder nahm die Versammlung ihre Arbeit auf, erklärte sich zur ursprünglichen Gewalt des Volkes und verabschiedete eine Reihe von Maßnahmen, die

unmittelbar zur Anwendung gelangten und die die Kompetenzen der Verfassungsorgane des Staates berührten. Betroffen waren der Kongress, die Parlamente der Staaten sowie die Instanzen der Judikative. Von dem Moment an kam es zu einer offenen und unumkehrbaren Trennung zwischen Verfassungsnormen einerseits und den sich auf die Volkssouveränität stützenden Entscheidungen andererseits.

- Für die Mitglieder der *Asamblea Nacional Constituyente*, die aufgrund des angewandten Wahlsystems zu über 90 % dem regierungsfreundlichen Lager zuzurechnen waren, war es nur natürlich, dass die Verfassung von 1961 durch die Volkshoheit und die originäre verfassungsgebende Gewalt des Volkes ersetzt wurde, sogar noch bevor diese von einer anderen abgelöst wurde. Es fiel also relativ leicht, das Primat der Verfassung für eine Übergangszeit auszusetzen. Diese Übergangszeit dauerte zum Teil auch noch nach Inkrafttreten der Verfassung von 1999 fort, die mittels eines Volksreferendums angenommen worden war. Die von der Versammlung erlassenen Übergangsdokumente sollten so lange gelten, bis die neuen Institutionen voll funktionstüchtig waren. Noch heute, acht Jahre nach Inkrafttreten der Verfassung von 1999, gilt teilweise das damals angenommene Übergangssystem.

III. Gab es im Zeitpunkt der Entstehung der Verfassung eine Debatte über das Verhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit? Falls ja, wurden diese Prinzipien vorwiegend als komplementär oder eher als antagonistisch angesehen? Wurden beide Prinzipien als gleichrangig betrachtet, oder ging man im Gegenteil davon aus, dass eine Hierarchie zwischen ihnen besteht?

- Die oben geschilderten Umstände wurden von einer Diskussion über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens begleitet, das für die Erarbeitung der neuen Verfassung angewandt worden war.⁴ Dabei wurde nicht ausdrücklich der Begriff der Rechtsstaatlichkeit dem der De-

³ Entscheidung der Kammer für verwaltungsrechtliche Fragen des Obersten Gerichtshofs vom 19. Januar 1999.

⁴ siehe Combellas, Ricardo (Hrsg.), *Constituyente (Aportes al debate)*, Caracas, COPRE, 1998.

mokratie gegenübergestellt. Dennoch untermauerten diese Prinzipien die Positionen, die entweder die Einhaltung der in der Verfassung festgelegten Verfahren vertraten oder aber sich für die freie Entfaltung des Volkswillens aussprachen. Dabei spielte der Gedanke der Rechtsstaatlichkeit bei einer Kontroverse, die ihn offensichtlich betraf, eigentlich keine wesentliche Rolle, während der Begriff der Demokratie die Grundlage der gesamten Argumentation darstellte. Mit dem Begriff Demokratie versuchte man, die ursprüngliche verfassungsgebende Gewalt des Volkes zu rechtfertigen, obwohl nach der geltenden Verfassung die Volkssouveränität nur durch Wahlen und über die Organe der öffentlichen Macht ausgeübt werden konnte.

- Die im Wesentlichen inhaltlich nur begrenzte Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in Venezuela dürfte eine der Ursachen gewesen sein, die zu dem Ungleichgewicht zwischen den Anhängern einer unbegrenzten verfassungsgebenden Gewalt des Volkes und den Anhängern einer sich an die Verfassung haltenden Ausübung dieser Macht führte. Hinzu kamen bedeutende pragmatische Gründe, die mit dem Verfall der bestehenden Institutionen und den Erwartungen an einen Machtwechsel zusammenhingen.
- Die Argumentation, die sich auf Volkssouveränität und die Beachtung der mehrheitlichen Willensbildung stützte, war damals so stark, dass selbst der Oberste Gerichtshof die Durchführung eines Referendums über die Einberufung einer nicht in der Verfassung vorgesehenen Nationalen Verfassungsgebenden Versammlung zustimmte und das Ergebnis selbst als bindend bezeichnete. Das Erstaunliche ist dabei nicht so sehr die Schlussfolgerung als vielmehr der vorausgegangene Gedankengang, der sich jenseits der Grenzen der Verfassung bewegte und sich auf einen vermeintlich vorrechtlichen Charakter einer ursprünglichen verfassungsgebenden Gewalt stützte. Diese im Wesentlichen politische Begrifflichkeit, auf der die richterliche Entscheidung basierte, bildete den Ausgangspunkt eines verfas-

sungsgebenden Prozesses, da die späteren Versuche des Obersten Gerichtshofs, gewissermaßen zurückzurudern und der Versammlung juristische Grenzen zu setzen, allesamt scheiterten.

- Während der Tagung der *Asamblea Nacional Constituyente* wurden in zunehmend stärkerem Maße die Verfassungsnormen dem in der Versammlung repräsentierten Volkswillen untergeordnet, da – nach dem selbst erstellten Tagungsstatut – die Versammlung befugt war, unmittelbar zur Anwendung gelangende Rechtsnormen zu erlassen, die in die Kompetenzen der bestehenden Gewalten eingriffen und somit die formal geltende Verfassung aushebelten. Gravierender noch war die Tatsache, dass der Oberste Gerichtshof, abweichend von früheren Entscheidungen, und in einem gewissen Rückgriff auf die Doktrin seiner anfänglichen Entscheidung diese Verfahrensweise bestätigte, indem er erklärte, die Handlungen der *Asamblea Nacional Constituyente* hätten einen über der Verfassung stehenden Charakter.⁵ Auch nach Verabschiedung der Verfassung von 1999 hatte die Einstellung, dass die politische Gewalt umfassend an die Volkssouveränität gebunden ist, noch weitreichende Folgen für die Rechtsordnung und die Institutionen des Staates in Form der bereits erwähnten Übergangsdekrete, die vorgeblich dazu dienen sollten, die Anwendung der neuen Verfassungsordnung zu erleichtern, die aber tatsächlich der Verfassung zuwiderliefen.

B RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER VERFASSUNG

1. Ist das Rechtsstaatsprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Wenn nicht, ist es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

- Das Rechtsstaatsprinzip ist ausdrücklich in der Verfassung anerkannt, wenn auch nicht in einer eigenständigen Ausformulierung, sondern als Grundbestandteil der Definition des venezolanischen Staates als eines „demokratischen und sozialen Rechts- und Gerechtigkeits-

⁵ Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 14. Oktober 1999.

staates" (Art. 2 CRBV). Die Verankerung dieser Formel in Artikel 2 bedeutet, dass der Rechtsstaat zu den Grundsätzen der Verfassung gehört, die nicht über Novelierungs- oder Reformmechanismen abgeändert werden können. Eine Änderung kann somit nur über eine Nationale Verfassungsgebende Versammlung erfolgen (Art. 342 CRBV).

- Das angesprochene Nebeneinander von Rechtsstaat und dem sozialen Charakter des Staates sollte eigentlich zu keinen nennenswerten theoretischen Schwierigkeiten führen, wie es die Empirie zeigt. Größere Schwierigkeiten und zugleich auch größere Originalität zeigen sich hingegen bei Proklamation eines Staates, der nicht nur ein Rechtsstaat, sondern auch ein Gerechtigkeitsstaat ist. Einige Theoretiker sehen den Bezug zur Gerechtigkeit darin begründet, dass der Rechtsstaat kein Hindernis für den Vollzug von Gerechtigkeit, einschließlich der sozialen Gerechtigkeit, darstellen darf, so dass es im Konfliktfall notwendig sein kann, die Garantien des Rechtsstaates der Gerechtigkeit nachzuordnen. Sollte sich diese Position ohne jegliche Einschränkung durchsetzen, so würde diese Auslegung das Konzept des Rechtsstaates selbst in Gefahr bringen und dessen Geltung den subjektiven Einschätzungen der Rechtsanwender ausliefern. Die Regeln der Verfassungsauslegung widersprechen zudem einer solchen Auffassung, da sie einen nahezu unüberwindlichen Gegensatz zwischen zwei Bestandteilen der erwähnten Definition schaffen. Eine umfassendere Lesart der Verfassung unterstützt zudem in keiner Weise die These von einem Gegensatz zwischen den beiden Werten oder Forderungen, sondern macht es eher plausibel anzunehmen, dass der Bezug auf die Gerechtigkeit dahin geht, die Integrität des Begriffs Rechtsstaat zu erhalten, der nicht nur rein formal auszulegen ist. Er besteht gleichermaßen aus einer materiellen Komponente, die zumindest teilweise mit der Idee der Gerechtigkeit verwandt ist. Der Gerechtigkeitsstaat will nicht nur ein rein *formaler* Rechtsstaat sein⁶.

⁶ siehe auch die Entscheidung der Kammer für verwaltungsrechtliche Fragen des Obersten Gerichtshofs vom 26. April 2000 (Nr. 949)

II. In welchem Umfang und in welcher Weise sind die folgenden Elemente des Rechtsstaatsprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Vorrang des Gesetzes (Gesetzmäßigkeitsprinzip), b) Vorbehalt des Gesetzes, c) Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte, d) Unabhängigkeit der Gerichte, e) Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien, insbesondere das Verbot „ne bis in idem“ und das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“?

a) Gesetzmäßigkeitsprinzip

- Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist in der venezolanischen Rechtstradition verankert und hat sich in mehreren Verfassungen niedergeschlagen. Die heute geltende Verfassung erkennt das Prinzip in Artikel 137 an: „Die Verfassung und die Gesetzgebung bestimmen die Befugnisse der Organe der öffentlichen Gewalt und diese haben sich bei der Ausübung ihrer Amtshandlungen daran zu halten.“

b) Vorbehalt des Gesetzes

- Der Vorbehalt des Gesetzes ist ebenfalls eine Forderung, die zum Bestand des venezolanischen öffentlichen Rechts gehört und die sich in der Verfassung in verschiedener Form niedergeschlagen hat. Die Verfassung thematisiert den Vorbehalt des Gesetzes nicht in einer allgemeinen Norm, die erschöpfend die dem Gesetz vorbehaltenen Materien regelt. Vielmehr fordert sie in verschiedenen Bestimmungen und Bereichen der Gesetzgebung dazu auf, weitere Regeln festzulegen, welche die Verfassung zu ergänzen haben.

Zu den Gebieten, die die Verfassung dem Gesetz vorbehält, gehören im Wesentlichen die folgenden:

- Gliederung des nationalen Territoriums (Art. 16)
- Schaffung der Gebietskörperschaft der Stadt Caracas (Art. 18)
- Schaffung unabhängiger Institutionen, die der öffentlichen Verwaltung als autonome und mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Behörden angehören (Art. 142)

- das Beamtenstatut, das das Verhältnis zwischen der Verwaltung und ihren Beamten regelt (Art. 144)
 - Festlegung der Fälle, in denen das Parlament (*Asamblea Nacional*) Verträgen von nationalem Interesse zuzustimmen hat (Art. 150)
 - Annahme internationaler Verträge (Art. 154)
 - Organisation und Funktionsweise der Parlamente der einzelnen Bundesstaaten (*Consejos Legislativos*) (Art. 162)
 - Grundnormen über die konkurrierenden Kompetenzen zwischen der Bundesebene und der staatlichen Ebene (Art. 165)
 - Organisation, Regierung und Verwaltung der Gemeinden
 - Schaffung von Mechanismen für die Übertragung von Dienstleistungen an die Gemeinden (Art. 184)
 - gesetzliche Regulierung der Verfassungsorgane des Staates in den einzelnen Gebieten des öffentlichen Rechts (Art. 247, 251, 262, 273, 292 u.a.)
 - Erhebung von Steuern (Art. 317)
 - Zusatzregelung über Ausnahmezustände (Art. 338).
- Gesondert kommentiert werden sollten die Verfassungsrechte oder Grundrechte. Auch hier enthält die Verfassung keine allgemeine Klausel über den Vorbehalt des Gesetzes. In unserer Rechtsordnung sind traditionell immer spezifische Vorbehalte aufgenommen worden, die in der vom Recht anerkannten Bestimmung vorgesehen sind. Der Gesetzesvorbehalt in Bezug auf die Verfassungsrechte ist auch eine in der Rechtslehre und der Verfassung weitgehend anerkannte Forderung, so dass jede vermeintliche Unterlassung in der Verfassung ausgeglichen werden kann (z.B. Art. 44 CRBV).⁷ Zusätzlich wurde das Fehlen einer allgemeinen Norm, die die Einschränkung eines Grundrechts an das Bestehen eines Gesetzes bindet, zum guten Teil über die Verfassungsnorm ausgeglichen, die die Gesetzgebung über Grundrechte und Verfassungsgarantien als Zuständigkeit der Nationalen Gewalt (*Poder Nacional*) (Art. 156, Nummer 32) einschließt, aus der ein diesbezüglicher allgemeiner Gesetzesvorbehalt abgeleitet worden ist.
- Der Begriff des Gesetzesvorbehalts umfasst auch die von den Bundesstaaten verabschiedeten Gesetze in dem Maße, in dem die Staaten materielle Kompetenzen haben, die sich auf die Grundrechte auswirken können. Das Gleiche gilt für die Gemeindeverordnungen, die von den Stadträten (*Concejos Municipales*) verabschiedet werden, die traditionell wie örtliche Gesetze behandelt werden. Die Verfassung sieht zudem vor, dass der Präsident der Republik über ein vom Kongress zu verabschiedendes Gesetz gesetzesgleiche Normen erlassen kann (Art. 203 CRBV), die sich auf die Verfassungsrechte auswirken können.
- c) Zugang zu Gericht im Falle einer behaupteten Verletzung individueller Rechte**
- Die Verfassung garantiert dem Bürger das Recht auf Zugang zu den Gerichten, um den effektiven richterlichen Schutz seiner Rechte oder Interessen durchzusetzen (Art. 26). Dieses Recht umfasst die unterschiedlichen Kontroversen, die sich in Bezug auf die Rechte oder Interessen einer Person ergeben können, einschließlich der kollektiven Rechte oder des Rechts auf Verbandsklage. Vom prozessrechtlichen Standpunkt aus gesehen umfassen diese Rechte u.a.: den Zugang zum zuständigen Gericht, ohne dass dem Bürger ungerechtfertigte oder übermäßige Barrieren entgegengesetzt werden können; das Recht, vor Gericht den entsprechenden Anspruch zu formulieren und einstweilige Verfügungen zu erwirken; den Einsatz der für Parteivortrag und Beweisführung erforderlichen Verfahrensmittel unter Berücksichtigung des Streitprinzips und der Waffengleichheit; nach Möglichkeit das Herbeiführen einer Entscheidung über Inhalte und Begründung der Klage sowie die Garantie der Erfüllung einer endgültigen positiven Entscheidung.

⁷ siehe Jesús M. Casal, *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2006, 65 ff.

- Wenn das vermeintlich verletzte Recht ein Grundrecht ist, so tritt der verstärkte Rechtsschutz über die Möglichkeit zu einer Verfassungsbeschwerde ein, die aktuellen oder unmittelbar bevorstehenden Verletzungen jedes von der Verfassung garantierten Rechts entgegenwirken kann (Art. 27 CRBV). Das Besondere an dieser Beschwerde ist, dass es sich um ein beschleunigtes und einfaches Verfahren handelt, das Vorzugsbehandlung genießt, so dass eine Verletzung der Grundrechte rasch verhindert oder aufgehoben werden kann.

d) Unabhängigkeit der Gerichte

- Die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit ist ein wesentlicher Grundsatz der Verfassung und gilt sowohl für die Judikative allgemein als auch für die einzelnen Richter und Gerichte. Die verfassungsmäßige Anerkennung der Unabhängigkeit der Judikative wird durch einen entsprechenden permanenten Posten im Staatshaushalt sichergestellt, der nie unter 2% des ordentlichen Haushaltes liegen kann (Art. 254). Zudem genießt der Oberste Gerichtshof als nationale höchstrichterliche Instanz Funktions-, Finanz- und Verwaltungsautonomie.
- Was die ordentlichen Richter oder Gerichte anbelangt, so umfasst die Unabhängigkeit der Judikative auch sie, wobei die Verfassung auch Unabhängigkeit in Hinsicht auf ein faires Verfahren einfordert (Art. 49, Nummer 3). Hierfür wurden zusätzliche Vorkehrungen getroffen: Einrichtung einer Rechtslaufbahn für Richter und der Einstellungsverfahren für Richter, die als öffentliche Ausschreibungen durchgeführt werden (Art. 255). Zudem begrenzt die Verfassung auch politische, gewerkschaftliche oder ähnlich motivierte Aktivitäten der Richter (Art. 256). Diese letzte Bestimmung geht so weit, dass die Verfassung den Richtern sogar das Recht abspricht, eine Vereinigung mit anderen Richtern zu gründen, was eigentlich gegen das Grundrecht auf Vereinigungsfreiheit verstößt und sich nachteilig auf die Unabhängigkeit der Richter auswirken kann.
- Die richterliche Unabhängigkeit wird durch die Forderung nach Unparteilich-

keit des Richters ergänzt, die Teil der Garantien für ein faires Verfahren ist, die nachstehend untersucht werden sollen.

e) Fair-Trial-Garantien und verwandte Garantien

- Die Garantien eines Fair Trials sind klar in der Verfassung (Art. 49) ausformuliert. Das ordentliche Verfahren umfasst das Recht auf Verteidigung und auf Rechtsbeistand sowie, falls erforderlich, auf Einsatz eines Dolmetschers. Zudem hat der Beschuldigte das Recht, die Anschuldigungen zugestellt zu bekommen. Er ist nicht gezwungen, gegen sich selbst oder gegen nächste Verwandte in einem Strafprozess auszusagen. Zu den weiteren Rechten gehören: vom gesetzlichen Richter gerichtet zu werden; Beweismittel einzulegen; gegen ein eventuelles Strafurteil (Strafentscheidung) Berufung einzulegen und die Annullierung von Beweisen zu erwirken, wenn diese Beweise unter Verletzung des ordentlichen Verfahrens erhalten worden sind.
- Im Zusammenhang mit diesen Garantien stehen die Unschuldsvermutung, das Verbot einer doppelten Verurteilung für den gleichen Sachverhalt (*ne bis in idem*) und das Legalitätsprinzip der Straftaten und der Strafen (Art. 49, Nummern 2, 6 und 7). Zudem wird das Recht auf Wiedergutmachung gewährt, falls aufgrund eines Justizirrtums oder einer ungerechtfertigten Verzögerung oder Unterlassung seitens der Justiz Schaden erlitten worden ist.

III. Ist das Demokratieprinzip in die Verfassung aufgenommen worden? Falls nein, ist die Demokratie als ungeschriebenes Verfassungsprinzip anerkannt?

- Das Demokratieprinzip ist in die Verfassung aufgenommen worden, wenngleich es nicht explizit so bezeichnet wurde. Die Verfassung bezieht sich mehrmals auf die Demokratie. So bezeichnet sie Venezuela als einen demokratischen und sozialen Rechts- und Gerechtigkeitsstaat (Art. 2) und bestätigt das Volk als Träger der Souveränität (Art. 5), weist auf den demokratischen Cha-

rakter der Regierungsform und der politischen Institutionen hin (Art. 6), bestimmt die demokratischen Garantien als Begrenzung der ursprünglichen verfassungsgebenden Gewalt und als Voraussetzung für den Gehorsam gegenüber den Behörden und ihren Handlungen (Art. 350). Die Bindung der Verfassung an die Demokratie ist ein Prinzip oder eine grundsätzliche politische Entscheidung, die in keinem Fall über einfache Novellierungen oder Verfassungsreformen (Art. 342) geändert werden kann. Sogar die ursprüngliche verfassungsgebende Gewalt in Form einer Nationalen Verfassungsgebenden Versammlung könnte zwar die im Verfassungstext festgehaltene Option zu Gunsten des demokratischen Systems abändern, wäre aber nicht dazu befugt, sie abzuschaffen oder gänzlich abzuändern, da dann das Recht auf zivilen Ungehorsam oder auf Widerstand gemäß Art. 350 der Verfassung zum Tragen käme.

- Somit wird nicht so sehr auf ein Demokratieprinzip abgezielt, sondern vielmehr der Schwerpunkt auf die demokratische Natur des politischen Systems und auf die Volkssouveränität als Quelle der Legitimität gelegt. Dennoch sind die inhaltlichen Elemente, die unter dem demokratischen Prinzip normalerweise zusammengefasst werden, auch von der Demokratiedefinition des Systems abgedeckt, so dass dieses Prinzip als ein Verfassungsprinzip aufgefasst werden kann.

IV. In welchem Umfang und auf welche Weise sind die folgenden Bestandteile des Demokratieprinzips in die Verfassung aufgenommen worden: a) Volkssouveränität, b) Formen der repräsentativen und der partizipativen, d.h. direkten Demokratie, c) Verfassungsgarantien eines echten Mehrparteiensystems, d) das Recht in echten, wiederkehrenden Wahlen zu wählen und gewählt zu werden, nach den Grundsätzen der allgemeinen, gleichen und geheimen Wahl, e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Körperschaften (d.h. entweder durch die ordentlichen Gerichte oder durch spezielle, mit den Garantien der Autonomie und Unabhängigkeit ausgestattete Wahlgerichte)?

a) Volkssouveränität

- Die Volkssouveränität ist eines der wesentlichen Prinzipien, deren Änderung der ursprünglichen verfassungsgebenden Gewalt vorbehalten ist (Art. 342 CRBV), die – wie oben ausgeführt – das Prinzip auch höchstens umformulieren, aber nie außer Kraft setzen kann. Gemäß Art. 5 der Verfassung liegt die Souveränität unübertragbar beim Volk, das sie direkt über die in der Verfassung und im Gesetz vorgesehenen Verfahren der Bürgerpartizipation ausüben kann oder indirekt über Wahlen und gewählte Vertreter. Diese Formulierung weicht von der Verfassung von 1961 insofern ab, als die frühere Verfassung nur auf die Ausübung der Volkshoheit über Wahlen und die Organe der öffentlichen Gewalt abhob.
- Die Bestimmung sieht zudem vor, dass die Organe des Staates zwar aus der Volkssouveränität entstanden sind und ihr weiterhin unterstehen, ohne dass deswegen aber alle Behörden direkt vom Volke gewählt werden müssen. Dagegen müssen bei der Ernennung der Leiter der bedeutenden Staatsinstitutionen zumindest die vom Volke gewählten Vertreter oder Behörden entscheidend mitgewirkt haben. Die Unterstellung der öffentlichen Behörden unter die Volkssouveränität bedeutet nicht, dass alle Entscheidungen einer Volksabstimmung unterliegen müssen. Es geht in erster Linie darum festzuhalten, dass das letztendliche Fundament der Verfassungsordnung, die den Staat und seine Organe bestimmt, der Wille des Volkes ist.

b) Formen der Repräsentation und der direkten Partizipation

- Das Spannungsverhältnis zwischen der repräsentativen Demokratie und der so genannten partizipativen Demokratie zeichnete auch den verfassungsgebenden Prozess von 1999 aus, der sich im Verfassungstext niederschlug. Die Verfassung von 1961 bezeichnete in der Ewigkeitsklausel von Art. 2, die gegen jede Verfassungsreform gefeit sein sollte, die Regierung Venezuelas als „repräsentativ“, während die entsprechende

Bestimmung der heute geltenden Verfassung (Art. 6 CRBV) diesen Begriff fallen ließ und ihn durch die Bekräftigung des „partizipativen“ Charakters der Regierung ersetzte. In Übereinstimmung mit der zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Verfassung vorherrschenden Meinung kam darin der Wechsel von einer repräsentativen Demokratie zu einer partizipativen Demokratie zum Ausdruck. Dennoch ist Partizipation nach Art. 6 der Verfassung nicht so auszulegen, dass sie dem Begriff der Repräsentation entgegensteht. Vielmehr umfasst sie ihn, ohne sich darin zu erschöpfen. Eine Auslegung dieser Bestimmung, die auch die Art und Weise, wie die Verfassung das Recht auf politische Mitwirkung versteht (Art. 62), umfasst, lässt den Schluss zu, dass Partizipation auch Repräsentation beinhaltet, da die Bürger ihr Recht „direkt oder über die gewählten Vertreter oder Vertreterinnen“ ausüben können. Demnach ist sowohl die Mitwirkung der Bürger an den öffentlichen Angelegenheiten über Repräsentanten als auch ihre Beteiligung über die so genannte Direktdemokratie Ausdruck der in Art. 6 festgelegten Bürgerpartizipation. Die Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung hat in jedem Fall das zuvor erwähnte Spannungsverhältnis entkrampft und die repräsentative Basis unserer Demokratie anerkannt.

- Zu den in der Verfassung vorgesehenen Mitteln einer direkten oder semidirekten Demokratie gehören: Konsultationsreferenden über Themen, die von allgemeinem nationalem, staatlichem oder kommunalem Interesse sind und die keinen bindenden Charakter haben, Referenden zur Bestätigung oder Ablehnung von Gesetzen, Referenden zur Abberufung eines Mandats und verfassungsgebende Referenden (Art. 71, 72, 73, 74, 205, 341, 344 und 347). Die Volksinitiative ist ebenfalls für die Einreichung von Gesetzesvorlagen, Vorschlägen zur Abänderung oder Reform der Verfassung und Anträgen auf eine Volksbefragung über die Einberufung einer Nationalen Verfassungsgebenden Versammlung (Art. 204, 341, 342 und 348) vorgesehen. Nennenswert sind auch Bürgerversammlungen, die verbindliche Entscheidungen treffen können

(Art. 70 CRBV). Bisher ist dieses Modell wenig entwickelt und wenig verwendet worden, auch wenn Bürgerversammlungen legal in den Handlungsbereich der Gemeinderäte eingeführt worden ist. Weitere Formen, die die Bürgerpartizipation fördern, sind die Übertragung von Dienstleistungen an organisierte Gemeinden, erhöhte Transparenz und Rechnungslegung; die Anhörung der Bürger bei der Ausformulierung von Investitionsplänen und von Betroffenen bei der Erarbeitung von Gesetzen und anderen Normen sowie Mitwirkung verschiedener sozialen Gruppen bei der Wahl der Kandidaten für die höchste Ämter der Judikative, der Bürgergewalt (*Poder Ciudadano*) und der Wahlgewalt (*Poder Electoral*) (Art. 66, 141, 184, 211, 264, 270, 279 und 295 CRBV).

c) Verfassungsgarantien eines echten Mehr-Parteien-Systems

- Die Verfassung schützt das Recht auf Gründung von Parteien und politischen Organisationen und sieht im politischen Pluralismus einen wesentlichen Grundsatz der Verfassung (Art. 2 und 67).

d) Aktives und passives Wahlrecht und regelmäßige allgemeine, gleiche und geheime Wahlen

- Das allgemeine, direkte und geheime Wahlrecht ist klar in der Verfassung verankert und hat den Status eines Grundrechts (Art. 63). Die Gleichheit ist ein in der Verfassungsregelung implizit enthaltenes Prinzip und leitet sich in jedem Fall vom Verfassungsgrundsatz der Gleichheit ab (Art. 21). Um eine weitreichende Vertretung aller unterschiedlichen Strömungen und Parteien sicherzustellen, legt die Verfassung das Prinzip der personalisierten Verhältniswahl fest.

e) Kontrolle der Wahlen durch unabhängige Gremien

- Es gibt zahlreiche Verfassungsvorbehalte, die eine unabhängige Kontrolle der Wahlverfahren und Wahlergebnisse sichern sollen. Diesem Ziel dient zunächst die Schaffung eines neuen Bereichs öffentlicher Gewalt unter dem Begriff

Wahlgewalt (*Poder Electoral*), die neben der Bürgergewalt (*Poder Ciudadano*) zu den drei klassischen öffentlichen Gewalten hinzukommt. An der Spitze der Wahlgewalt steht der Nationale Wahlrat (*Consejo Nacional Electoral*), eine unparteiische und mit eigenem Haushalt ausgestattete unabhängige Behörde (Art. 292 und 294 CRBV). Unter anderem obliegen dem Wahlrat die Verwaltung, Leitung und Organisation der Wahlen für öffentliche Ämter sowie die der Referenden. Der Wahlrat ist auch befugt, verbindliche Richtlinien für die Finanzierung von Wahlkämpfen und für die Werbung während der Wahlkampagnen zu erlassen (Art. 293).

- Die vom Nationalen Wahlrat erlassenen Akte können vor der Kammer für wahlrechtliche Fragen des Obersten Gerichtshofs angefochten werden (Art. 297 CRBV), ungeachtet der Fälle, in denen es möglich ist, Rechtsmittel bei der Verfassungskammer des gleichen Gerichts einzulegen. Die Kammer für wahlrechtliche Fragen übt die Zuständigkeitskontrolle über das Wahlwesen aus, deren Verwaltung dem Nationalen Wahlrat als höchste Instanz übertragen ist.

C RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IM LICHT DER VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

I. Wie ist das Verfassungsprinzip in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts/Obersten Gerichtshofs interpretiert worden? Insbesondere: Folgt das Gericht einer weiten, die freiheitsschützenden Elemente betonenden Interpretation der Rechtsstaatlichkeit oder bekennt es sich eher zu einem formalen Rechtsstaatsverständnis, in dem die formellen Anforderungen wie Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen, Vertrauensschutz etc. im Vordergrund stehen?

- Die Rechtsprechung der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs (*Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*) hat sich nicht systematisch über den Begriff der Rechtsstaatlichkeit geäußert. Er wurde als Argument eingesetzt, ohne dass es dabei zu einer Analyse der Inhalte und Implikationen gekommen wäre. Kommt der Begriff der

Rechtsstaatlichkeit isoliert zur Anwendung, ohne auf den sozialen Charakter des Staates oder auf die Vorstellung des Gerechtigkeitsstaates einzugehen, so geschieht das eher in einem formalen, begrenzten Sinn und nicht so sehr in einer weitreichenden materiellen Bedeutung⁸. Der Oberste Gerichtshof, insbesondere die Kammer für verwaltungsrechtliche Fragen, hat sich eingehend zum Prinzip der administrativen Legalität geäußert.

- Detaillierter war die Rechtsprechung dagegen in den Fällen, in denen es um die verfassungsmäßige Verankerung eines *sozialen* Rechtsstaates oder eines Rechts- und *Gerechtigkeitsstaates* ging. Die Annäherung an den Begriff des sozialen Rechtsstaates hat zu zwei großen Entwicklungslinien in der Rechtsprechung geführt: Die erste Entwicklung hat das Verhältnis zwischen Staatsform und Schutz der sozialen Rechte aufgezeigt; die zweite hat zu einer Abschwächung der Anforderungen geführt, die sich aus dem Begriff des Rechtsstaates ableiten. Ein Beispiel ist die Garantie des Gesetzesvorbehalts in puncto Wirtschaftsfreiheit.⁹
- Was den Begriff des Gerechtigkeitsstaates anbelangt, so tendiert die Rechtsprechung dazu, ihn dann anzurufen, wenn die strenge Anwendung des Gesetzes abgemildert werden soll bzw. wenn Auslegungen zu rechtfertigen sind, bei denen es darum geht, Formalien und juristische Voraussetzungen zu Gunsten der materiellen Gerechtigkeit zu vernachlässigen. Diese materielle Idee von Gerechtigkeit wird normalerweise nicht mit einer Garantie der individuellen Freiheit assoziiert, sondern mit dem Schutz der Lebensqualität der Bevölkerung oder anderer Allgemeingüter.

⁸ siehe u.a. die Entscheidung der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs vom 7. März 2007 (Nr. 379)

⁹ siehe die Entscheidungen der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs vom 24. Januar 2002 bzw. vom 17. August 2004 (Nr. 85 und 1613) und die Entscheidung der Kammer in verwaltungsrechtlichen Fragen des gleichen Gerichts vom 5. Oktober 2000 (Nr. 1885).

II. Erkennt das Verfassungsgericht die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips an? Wenn Letzteres zutrifft, welche Auswirkungen hat das a) für das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und den politischen Gewalten und b) das Verhältnis zwischen Exekutive und Legislative?

- Die Gewaltenteilung ist von der Rechtsprechung in Verfassungsfragen untersucht worden,¹⁰ wenn auch nicht als Bestandteil des Rechtsstaates. Die Gewaltenteilung wird normalerweise auf das Verhältnis zwischen den einzelnen Zweigen der öffentlichen Macht angewandt, insbesondere auf das Verhältnis zwischen der Exekutive und der Legislative, aber auch auf das Verhältnis zwischen der Justizverwaltung und den politischen Machtinstanzen. Traditionell hat die Gewaltenteilung in Venezuela eine horizontale und eine vertikale Komponente. Die Unterteilung in Gebietskörperschaften, die der nationalen Ebene, der regionalen Ebene oder den Gemeinden zuzuordnen sind, wird häufig aus dieser Perspektive heraus untersucht.
- Die Gewaltenteilung wird insofern abgeschwächt, als die Verfassung von 1999 (Art. 136) zugleich auch eine Zusammenarbeit der öffentlichen Gewalten vorschreibt. So haben denn auch die Rechtsprechung und die nationale Rechtslehre betont, dass Gewaltenteilung nicht bedeutet, dass jede einzelne der öffentlichen Funktionen ausschließliche Befugnisse für eine bestimmte Gewalt hat, sondern dass es eher die privilegierte Ausübung einer dieser Funktionen durch eine der öffentlichen Gewalten bedeutet und die nötige Achtung der Kompetenzen, die die jeweiligen Staatsorgane zuerkannt bekommen haben.¹¹ In einigen Fällen ist die Rechtsprechung in dieser Hinsicht sehr weit gegangen und hat versucht, Situationen zu rechtfertigen, in denen die öffentlichen Gewalten gemeinsam gehandelt haben,

obwohl es sich um ausschließliche Kompetenzbereiche handelte.

III. Inwieweit werden die Grundrechte als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips angesehen? Sofern sie als Elemente der Rechtsstaatlichkeit angesehen werden, gilt dies auch für die „politischen“ Grundrechte, d.h. Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit?

- Die Menschen- oder Grundrechte werden normalerweise nicht als Bestandteil des Rechtsstaates angesehen. Vielmehr werden sie als eine übergeordnete und unabhängige Kategorie angesehen, die als Ausgangspunkt für die Auslegung aller übrigen Normen oder Prinzipien der Verfassung gelten können. Dies gilt im Prinzip für alle Grundrechte.

IV. Hat das Verfassungsgericht/der Oberste Gerichtshof die Elemente definiert, die Bestandteil des Demokratieprinzips sind? Welche sind diese Elemente? Werden sie weit oder eher eng ausgelegt?

- Die Rechtsprechung der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs hat mehr als einmal den Begriff der Demokratie definiert, wenn auch in allgemeiner Hinsicht und nicht mit dem Ziel, die ihn charakterisierenden Elemente zu unterscheiden. Die Rechtsprechung basiert auf der Idee der Bürgerbeteiligung als Grundlage des in der Verfassung von 1999 verankerten Demokratieprinzips. Die in der Rechtsprechung angeführten Inhalte sind im Wesentlichen die Hoheit des Volkes, das Recht auf Wahlen und die Tatsache, dass politische Partizipation sich nicht allein auf Wahlen beschränkt. Dieser Ansatz ist wie folgt von der Verfassungskammer zusammengefasst worden:

„Das auf Wahlen, Partizipation und der aktiven Rolle der Gesellschaft basierende Demokratieprinzip, das seit Inkrafttreten der Verfassung von 1999 in Venezuela herrscht, sieht in der öffentlichen Verwaltung und im Erhalt und der Förderung des Gemeinwohls einen Prozess ständiger Kommunikation zwischen Regierung und Bürgern, zwischen den Vertretern und ihren Vertretenen. Das bedeutet eine radikale Änderung in dem

¹⁰ siehe die Entscheidung der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs vom 17. Oktober 2007 (Nr. 1889).

¹¹ siehe Brewer-Carías, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas, UCAT/EJV, 1985, Tomo II, 133 ff.

Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft, in dem der Gesellschaft ihre legitime und unleugbare Hauptrolle bei der Ausübung ihrer fundamentalen politischen Rechte, wie sie in Kapitel IV, Titel III der Verfassung aufgeführt sind, wieder zuerkannt wird“.¹²

Die politische Partizipation wird als tragendes Element der Verfassungsstruktur des Staates vorausgesetzt, ohne dass sie im konkreten Fall eines Rechtsstreits auch immer wirksam wird oder sich im Konflikt mit anderen Gütern immer durchgesetzt hätte. In einer ersten Phase tendierte die Rechtsprechung weitgehend dazu, sich zu Gunsten der direkten Bürgerpartizipation auszusprechen. Dies war auch in Fällen zu beobachten, in denen es ernstzunehmende rechtsstaatliche Gründe gab, die dagegen sprachen. Nachdem 1998 die politischen Kräfte an die Macht kamen, die eine solche Bürgerpartizipation förderten, setzte eine gegenläufige Tendenz ein, die sich mehr an die formale Legalität hält, wenn auch nicht notwendigerweise an den Rechtsstaat.

V. Definiert das Gericht das Prinzip der Volkssouveränität? Sofern dies der Fall ist, folgt es dem Konzept der uneingeschränkten Volkssouveränität oder eher einem Konzept, das die Volkssouveränität der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regelung sowie der gerichtlichen Kontrolle unterwirft?

Mehrere Entscheidungen der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs sind auf das Prinzip der Volkssouveränität näher eingegangen. Bereits zu Beginn des verfassungsgebenden Prozesses von 1999 hat die Kammer für verwaltungsrechtliche Fragen des Obersten Gerichtshofs an die

Volkssouveränität appelliert, um die Gesetzmäßigkeit eines konsultativen Referendums über die Einberufung einer Nationalen Verfassungsgebenden Versammlung zu begründen. Das Gleiche geschah mit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs, die den von der Nationalen Verfassungsgebenden Versammlung erlassenen Normen Vorrang vor der Verfassung einräumte. Nach Inkrafttreten der neuen Verfassung wurde die Volkssouveränität von der Verfassungskammer reklamiert, um das Konsultationsreferendum über die von der Versammlung initiierte Änderung der Gewerkschaftsrichtlinie zu bestätigen. Die Kammer argumentierte, das Volk sei Träger der verfassungsgebenden Gewalt und somit könne ihrer Auffassung nach der in der Befragung zum Ausdruck kommende Volkswille schwerlich verfassungswidrig sein.¹³ Hier wurde eine extreme Auffassung von Volkssouveränität zum Ausdruck gebracht, die ein reines Konsultationsreferendum auch dann als Ausdruck der verfassungsgebenden Gewalt wertete, wenn der Inhalt der Befragung der Verfassung von 1999 zuwiderliefe und die in der Verfassung vorgesehenen Novellierungs- und Reformmechanismen nicht berücksichtigt worden waren.

Wie bereits erwähnt, war diese Begeisterung für die Partizipation bald verflogen, da die gleiche Kammer einige Jahre später die Auffassung vertrat, konsultative Referenden hätten sich nicht nur an die Verfassung zu halten, sondern seien aufgrund des Repräsentationsprinzips der Demokratie – die sie jetzt sehr wohl anzuerkennen gewillt war – auch nicht verbindlich¹⁴. Dennoch müsste man in einigen Bereichen wohl eher von einer Neuorientierung und nicht so sehr von einem Abrücken der anfänglichen Kriterien sprechen. So stützt sich die politische Aufwertung der kommunalen Räte als Gemeindeinstanzen, die der nationalen Exekutive direkt zugeordnet sind, und deren Handlungen und Finanzierung in die in der Verfassung vorgesehene Kompetenzaufteilung zwischen der nationalen Ebene und der Gemeinde eingegriffen hat, auf die direkt auf dem Prinzip der

¹² “Ello indica, que el modelo democrático electivo, participativo y protagónico instaurado en Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, concibe a la gestión pública y la preservación y fomento del bien común como un proceso en el cual se establece una comunicación permanente entre gobernantes y ciudadanos, entre los representantes y sus representados, lo cual implica una modificación radical, a saber, de raíz, en la orientación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en la que se devuelve a esta última su legítimo e innegable protagonismo, a través del ejercicio de sus derechos políticos fundamentales, enunciados en el Capítulo IV del Título III de la Norma Suprema”. Entscheidung der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs vom 22. Januar 2003 (Nr. 23).

¹³ Entscheidung der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs vom 1. Dezember 2000 (Nr. 1490).

¹⁴ Entscheidung der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs vom 22. Januar 2003 (Nr. 23).

Volkssouveränität beruhende Bürgerpartizipation.

Insgesamt wird das vorherrschende Konzept der Volkssouveränität eher weitläufig und expansiv ausgelegt. Eine Ausnahme bilden die politischen Ereignisse, bei denen eine restriktive Auslegung der Bürgerpartizipation die Stabilität der Regierung begünstigte.

VI. Wird in der Rechtsprechung des Gerichts das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie angesprochen? Falls ja, wird dieses Verhältnis eher als Komplementär- oder als Spannungsverhältnis gedeutet?

Die Rechtsprechung des Gerichts ist nicht auf das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie eingegangen.

D DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHTSSTAATLICHKEIT UND DEMOKRATIE IN DER PRAXIS

I. Inwieweit ist die Rechtsstaatlichkeit in Ihrem Land erfolgreich verwirklicht, insbesondere mit Blick auf a) die Achtung der Unabhängigkeit der Gerichte durch die politischen Gewalten und b) die Bereitschaft der politischen Gewalten, Gerichtsentscheidungen, die ihre Befugnisse beschneiden, zu befolgen und umzusetzen?

Die Rechtsstaatlichkeit ist in Venezuela nur minimal verwirklicht. Auch hat sich das Prinzip der Achtung vor dem Gesetz als ein Wert an sich, dem sich die politischen Zweckmäßigkeiten unterzuordnen haben, bisher nicht voll durchsetzen können. Unter der Verfassung von 1961 bestand sowohl im öffentlichen als auch akademischen Diskurs ein Interesse an der Etablierung eines Rechtsstaates, aber die Verwirklichung einer echten Rechtsstaatlichkeit wurde u.a. durch die begrenzte Unabhängigkeit der Gerichte verhindert. Gegenwärtig hat sich diese Problematik weiter verschärft, da die Verfassung und die Legalität in den Dienst bestimmter ideologischer Ziele gestellt worden sind. In diesem Kontext ist eine tatsächliche Bändigung der Macht durch das Recht beinahe eine Illusion.

Was die Gewaltenteilung anbelangt und insbesondere die Unabhängigkeit der Justiz, so ist die Situation besorgniserregend. Die politischen Instanzen des Staates üben aufgrund von verfassungswidrigen und die Unabhängigkeit der Richter verletzenden Absetzungs- und Ernennungsverfahren die Kontrolle über die Gerichte aus. So müssen Richter mit Sanktionen rechnen, wenn sie in Ausübung ihres Amtes Entscheidungen treffen, die auf höchster politischer Ebene als politisch verfehlt angesehen werden.

Zudem hat sich die Regierung auch nicht wirklich willens gezeigt, Entscheidungen der Justiz zu akzeptieren, die für sie nachteilig sind, vor allem wenn sich diese auf politisch sensible Themen beziehen. In zwei Fällen, in denen es die Exekutive mit Gerichten zu tun hatte, die politisch relevante und für die Interessen der Regierung widrige Entscheidungen getroffen haben, wurden in kürzester Zeit Korrekturmaßnahmen eingeleitet. Zunächst wurde die Ernennung eines der Mitglieder des Obersten Gerichtshofs für nichtig erklärt und die Anzahl der Richter erhöht, und zum Zweiten wurden die Richter des Ersten Verwaltungsgerichts abgesetzt (*Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*). Viele weitere Beispiele könnten aufgeführt werden.¹⁵

II. Inwieweit ist die Demokratie in Ihrem Land verwirklicht, insbesondere mit Blick auf den Schutz und die Förderung a) eines echten Mehrparteien-Systems und b) die in regelmäßigen Abständen erfolgende Organisation und Überwachung freier und fairer Wahlen unter der Kontrolle unabhängiger Wahlkörperschaften?

In Venezuela kann man heute nur von einer relativen und fragilen Demokratie sprechen. Das war nicht immer so. Eine erste kurze demokratische Periode hatte es bereits zwischen 1945 und 1948 gegeben. Nachdem 1958 die Diktatur gestürzt wurde, die dadurch an die Macht gelangt war, dass verschiedene demokratische Gruppen

¹⁵ siehe u.a. die Jahresberichte von PROVEA über die *Situation der Menschenrechte in Venezuela* von Oktober 2003–September 2004, 375 ff., und Oktober 2004–September 2005, 351 ff., sowie den Bericht von Human Rights Watch *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, Cap. V, 2004.

sich untereinander bekämpften und Teile der Gesellschaft sich auf ein Militärabenteurer eingelassen hatten, zeigte sich die politische Elite bereit, einen politischen Konsens zu erreichen und eine solide Demokratie zu errichten. Dieser Wille schlug sich in der Verfassung von 1961 nieder und in den politischen Abkommen, die die meisten politischen Kräfte umfassten. Der spätere politische Prozess wies zwar einige Fehlentwicklungen auf, brachte aber auch viele positive Ergebnisse. Unter anderem wechselten sich die politischen Parteien in der Ausübung der Staatsmacht ab, und es wurden regelmäßig allgemeine, direkte und geheime Wahlen durchgeführt. Von unserem Standpunkt aus ist das wichtigste Ergebnis allerdings, dass sich bei den venezolanischen Bürgern ein demokratisches Bewusstsein bildete, das sich über vierzig Jahre lang kontinuierlich, wenn auch mit manchen Rückschlägen weiterentwickelte. So wurde die venezolanische Demokratie trotz aller Mängel zu einem Vorbild für Lateinamerika.

Die gegenwärtige Realität sieht anders aus. Es gibt zwar verschiedene politische Gruppierungen, aber ihre Aktivitäten werden nur toleriert und nicht gefördert. Die Oppositionsparteien werden von der Regierung nicht als legitime Wettbewerber angesehen, deren Handlungs- und Ausdrucksmöglichkeiten respektiert und geschützt werden müssen, sondern als Feinde des Systems und des Vaterlands, deren Existenz notgedrungen toleriert wird. Im Allgemeinen wird jede von den Oppositionsparteien oder von der Kirche oder den sozialen Bewegungen formulierte Kritik an der Regierung schlicht und einfach als dem amerikanischen Imperialismus dienend abqualifiziert, oder es wird behauptet, dahinter stünden Putschisten oder Aufwiegler. Unabhängige Medien arbeiten unter sehr widrigen Umständen.

Wahlen oder andere Volksbefragungen werden seit Inkrafttreten der neuen wie auch schon unter der früheren Verfassung in regelmäßigen Abständen abgehalten. Allerdings können nicht alle seit 1999 durchgeführten Wahlen als ordnungsmäßig, transparent und vertrauenswürdig bezeichnet werden. Insbesondere dem 2004 durchgeführten Referendum über die Mandatsverlängerung des Präsidenten wa-

ren Schikanen und Tricks vorausgegangen, die die Durchführung der Befragung verhindern oder hinauszögern sollten. Diese Behinderungen waren vom Nationalen Wahlrat (*Consejo Nacional Electoral*) selbst ausgegangen, einem Gremium, das von der Verfassung her dazu bestimmt ist, die Ordnungsmäßigkeit und Fairness der Wahlen zu sichern. Zudem wurde eine Kontrolle des Wahlrechts durch die Kammer für wahlrechtliche Fragen von Seiten der Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs blockiert.

Der Zwischenfall hat sich negativ auf spätere Wahlen ausgewirkt und ein Klima des Misstrauens gegenüber der Wahlaufsicht entstehen lassen, das von einigen Oppositionsgruppen noch zusätzlich angefacht wurde. Als Folge davon wurde eine Nationale Versammlung einberufen, in der die Opposition nicht vertreten war. Heute ist die Opposition in diesem Gremium minimal vertreten, nachdem es im Regierungslager zu einer Abspaltung gekommen ist. Nach der Niederlage des Präsidenten bei der Volksbefragung am 2. Dezember 2007 über die von ihm unterbreitete und vom Parlament verabschiedete Verfassungsreform ist das Vertrauen in das Wahlaufsichtsgremium wiederhergestellt.

III. Falls es Defizite in Bezug auf I. oder II. gibt, was sind die Ursachen für diese Defizite? Würden Sie sagen, dass die Implementierung des einen oder des anderen Prinzips in Ihrem Land weiter vorangeschritten ist? Falls ja, was sind die Gründe für den unterschiedlichen Implementierungsgrad? Welche Wechselwirkungen zwischen beiden Prinzipien lassen sich in Ihrem Land beobachten? Was sind die Konsequenzen dieser Wechselwirkung für die Implementierungsfrage?

Die Gründe für das Defizit an Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in Venezuela sind vielfältig. Zu den allgemeinen oder strukturellen Gründen zählt die geringe Beachtung, die die Bevölkerung dem Gesetz, der Verfassung und den demokratischen Werten schenkt. Hinzu kommen unterschiedliche Formen der Ausgrenzung weiter Teile der Bevölkerung.

Untergraben wird die Rechtsstaatlichkeit von der Idee, die Politik habe ihre Ziele

nicht dem Gesetz unterzuordnen. Was die Geltung der Verfassung von 1999 anbelangt, die ihrem Geiste nach Demokratie und Rechtsstaat respektiert, so wird ihre eigentliche Realisierung dadurch erschwert, dass auch heute noch Übergangsbestimmungen in Kraft sind. Das Argument eines Verfassungsübergangs war ein besonders ernstes Hindernis auf dem Weg hin zu einer effektiven Geltung der Verfassungsnormen, vor allem auch im Bereich der Justiz. Der Inhalt der Normen ist im Allgemeinen adäquat und versucht, die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit sicherzustellen, aber die überlange Übergangszeit und die Art, wie diese missbraucht worden ist, haben sich negativ auf die normative Kraft der Verfassung ausgewirkt. In diesem Zusammenhang konnten sich bestimmte demokratische Postulate gegenüber der Rechtsstaatlichkeit durchsetzen. So knüpfen die in den einschlägigen richterlichen Entscheidungen der Verfassungsgebenden Versammlung zuerkannten hoheitlichen Kompetenzen (Verabschiedung unmittelbar wirksamer Dekrete, die über der Verfassung von 1961 und auf gleicher Höhe mit der Verfassung von 1999 stehen) direkt an die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und an die Volkssouveränität an.

Rechtsstaatlichkeit und Demokratie werden auch durch das von einigen Politologen als Delegationsdemokratie bezeichnete Demokratieverständnis untergraben¹⁶. Bei diesem Demokratieverständnis dienen Wahlen lediglich dazu, einem Führer die Regierungsgeschäfte zu übertragen. Demokratische Inhalte wie Achtung der Minderheiten oder eine rationale Diskussion der anstehenden Probleme werden dabei entweder überhaupt nicht berücksichtigt oder aber abwertend behandelt. Die gleiche Behandlung erfahren auch die wichtigsten Ausdrucksformen der Rechtsstaatlichkeit. Von dieser Perspektive aus gesehen wird nicht etwa die Demokratie über den Rechtsstaat gestellt, sondern vielmehr befinden sich beide in einem prekären Zustand. Dominant ist dabei eine personalistische Sicht

der Macht, die sich einer abgewandelten Form von Wahlautokratie annähert. In der venezolanischen politischen Tradition ist dieses Demokratieverständnis unter dem Begriff des demokratischen Cäsarismus in die Forschung eingegangen. Venezuela hatte nach 1958 große Anstrengungen unternommen, um dieses System allmählich hinter sich zu lassen. Seit 1998 ist es wieder aufgelebt, dieses Mal unter militaristischen Vorzeichen, wie es kennzeichnend für das 19. und einen guten Teil des 20. Jahrhunderts war.

Trotz dieser allgemeinen Defizite gibt es in Venezuela ein stärkeres Bewusstsein für Demokratie als für Rechtsstaatlichkeit. Trotz der autoritären und personalistischen Ausrichtung der gegenwärtigen, 1998 an die Macht gekommenen Regierung sind die letzten Grenzen der Demokratie nicht völlig überrannt worden, und zwar nicht nur aus Furcht vor der internationalen Reaktion bei einem offenen Bruch mit der Demokratie, sondern auch weil ein solches Vorgehen auf weitgehende Ablehnung in der Bevölkerung Venezuelas selbst stoßen würde. Dagegen sind die wesentlichen Grenzen der Rechtsstaatlichkeit schon längst überschritten worden. Dabei sind die Institutionen so manipuliert worden, dass das Regime sie dazu benutzen kann, um das wesentliche Element der Rechtsstaatlichkeit aushebeln zu können, nämlich die Begrenzung und Kontrolle der Machtausübung durch die Verfassung. Eben diese ungleiche Wertschätzung kann auch im politischen Diskurs festgestellt werden. Im Allgemeinen wird eine Regierungsentscheidung mit demokratischen Argumenten begründet, ohne dass die politische Legitimität einer Amtshandlung mit der rationalen Rechtfertigung, die das Recht zu bieten hat, häufig konfrontiert würde.

Aus der jüngsten venezolanischen Erfahrung lässt sich in Bezug auf das Verhältnis zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie folgern, dass die Rechtsstaatlichkeit wesentlich dazu beitragen kann, der Demokratie solche Grenzen zu setzen, die Fehlentwicklungen wie eine Diktatur der Mehrheit, eine Demokratie mit plebiszitärem Charakter oder einen überzogenen politischen Personenkult verhindern. Die politische Situation in Venezuela wäre heute eine andere, wenn der Rechtsstaat, ob-

¹⁶ Hinsichtlich der Anwendung der von Guillermo O'Donnell entwickelten These auf Venezuela siehe Ángel Álvarez "La democracia delegativa y muerte de la Constitución", *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, 743 ff.

wohl er ohnehin zuvor nur schwach ausgeprägt war, das Aufkommen der von Präsident Chávez verkörperten revolutionären politischen Bewegung überlebt hätte. Die Verfassung wäre dann nicht von verfassungswidrigen Übergangsnormen überrollt worden, die der Auslegung der Verfassungsnormen nach politischen Zweckmäßigkeiten den Weg geebnet haben. Die Opposition und die demokratische Gesellschaft könnten dann tatsächlich ihre Rechte und eine Kontrolle der Regierungsarbeit durch die öffentliche Meinung ausüben. Im Falle einer Verletzung der Menschenrechte stünden dann auch wirkungsvolle Mittel für den Schutz dieser Rechte zur Verfügung.

E BEWERTUNG UND AUSBLICK

Welches sind die Schlussfolgerungen, die aus den Ausführungen unter A. bis D. für die Frage gezogen werden können, ob in der Arbeit nationaler und internationaler Einrichtungen der Entwicklungskooperation Rechtsstaatsprogrammen der Vorzug vor der Förderung demokratischer Reformen gegeben werden sollte?

- Aufgrund der vorstehenden Überlegungen sollte im Falle Venezuelas die Entwicklungskooperation keine Prioritäten bei den Rechtsstaatsprogrammen oder der Förderung demokratischer Reformen setzen. Wie bereits ausgeführt, kann die Rechtsstaatlichkeit dazu beitragen, die Demokratie in angemessene Bahnen zu lenken, die den demokratischen Werten selbst Geltung verschaffen, so dass radikale Vorstellungen über Volkssouveränität und Mehrheitsregel an Wirkungsmacht verlieren.
- In Ländern mit einiger demokratischer Erfahrung und einer gewissen Akzeptanz des demokratischen Prinzips kann die Demokratie eine Plattform zur Konsolidierung der Rechtsstaatlichkeit sein. Es ist also sinnvoll, auf beiden Gebieten zu arbeiten. Dabei sollte der Schwerpunkt auf der engen Verzahnung von beiden liegen, die u.a. auch in der Interamerikanischen Demokratie-Charta (Art. 3 und 4) zum Ausdruck kommt.

Kooperationsstrategien, die die Rechtsstaatlichkeit, losgelöst von den großen demokratischen Themen, bevorzugen,

könnten aufgrund des vorherrschenden (*Quasi-* oder *Pseudo-*)Demokratieverständnisses wirkungslos bleiben. Zielgerechter wäre eine Berücksichtigung beider Prinzipien. Dabei geht es nicht darum, beide zu verwechseln, sondern ihre gegenseitige Beeinflussung und Bereicherung vertiefend zu untersuchen. Es wäre zum Beispiel schwierig, Fragen der Rechtsstaatlichkeit anzugehen, ohne gleichzeitig das Profil des herrschenden politischen Systems zu analysieren und ohne zu versuchen, personalistische oder delegative Vorstellungen von Demokratie offenzulegen und zu überwinden. In Ländern, in denen die Institutionen nach ideologischen Zweckmäßigkeiten besetzt sind, sollte die Entwicklungskooperation Hilfestellung leisten, um das zugrunde liegende politische Modell oder Programm besser zu verstehen, von dem aus die Leitlinien vorgezeichnet werden, die sich auf alle Instanzen der öffentlichen Gewalt auswirken. Das fordert eine allumfassende Verständnisperspektive der Probleme, die sowohl demokratische Inhalte als auch Themen der Rechtsstaatlichkeit umfasst.

QUERSCHNITT

PD Dr. Rainer Grote, LL.M.

DEMOKRATIE, RECHTSSTAAT- LICHKEIT, ENTWICKLUNG – QUERSCHNITTSBERICHT –

I. Verfassungsrechtliche Verankerung von Rechtsstaats- und Demokratie- prinzip

Rechtsstaats- und Demokratieprinzip sind in den meisten der untersuchten Rechtssysteme ausdrücklich in der Verfassung verankert. In den Ländern, die in den letzten Jahren neue Verfassungen angenommen haben und unter dem Einfluss der kontinentaleuropäischen Verfassungstradition stehen, sind entsprechende Gewährleistungen in den einleitenden Bestimmungen, in denen die allgemeinen Prinzipien der Staatsorganisation niedergelegt sind, enthalten (Russland, Rumänien, Venezuela). Beide Prinzipien stehen dabei nicht unverbunden nebeneinander, sondern werden – um eine weithin gebräuchliche Formulierung zu benutzen – zum demokratischen Rechtsstaat (*Estado democrático de Derecho*) miteinander verbunden.¹ Das

¹ Art. 1 Abs. 1 der Verfassung der Russischen Föderation vom 12. Dezember 1993: „Die Russische Föderation – Russland ist ein demokratischer, föderativer Rechtsstaat mit republikanischer Verfassungsreform“; Art. 1 Abs. 3 der Verfassung Rumäniens vom 21. November 1991: „Rumänien ist ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat, in dem die Würde des Menschen, die Rechte und Freiheit der Bürger, die freie Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit, die Gerechtigkeit und der politische Pluralismus höchste Werte darstellen und gewährleistet sind“; Art. 2 der Verfassung der Bolivarianischen Republik Venezuela vom 15. Dezember 1999: „Venezuela konstituiert sich als demokratischer und sozialer Staat des Rechts und der Gerechtigkeit (*Estado ... de Derecho y de Justicia*), der als oberste Werte seiner Rechtsordnung und seines Handelns das Leben, die Freiheit, die Gerechtigkeit, die Gleichheit, die Solidarität, die Demokratie, die Verantwortung im so-

zualen Bereich und im Allgemeinen, den Vorrang der Menschenrechte, die Ethik und den politischen Pluralismus verteidigt.“ Ähnlich die Formulierung in Art. 1 der Verfassung der Republik Namibia von 1990: „Die Republik Namibia wird hiermit errichtet als ein souveräner, säkularer, demokratischer und unitarischer Staat, der auf den Prinzipien der Demokratie, des Rechtsstaats und der Gerechtigkeit für alle gegründet ist.“

Fehlen einer entsprechenden allgemeinen Staatszielbestimmung in der argentinischen Verfassung ist in erster Linie auf die Entstehungszeit (1853) dieser Verfassung und darauf zurückzuführen, dass es dem Verfassungskonvent von 1994 durch das Gesetz über seine Einberufung untersagt war, Änderungen am Ersten Teil der Verfassung, der die grundlegenden Prinzipien des Staatsaufbaus und die Grundrechte der Argentinier enthält, vorzunehmen.²

Diejenigen Verfassungen, die der britischen bzw. der US-amerikanischen Tradition der Verfassungsgebung näher stehen, kennen demgegenüber keine allgemeinen Staatszielbestimmungen als Gegenstand einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Gewährleistung und sehen daher regelmäßig auch von einer „freistehenden“ Gewährleistung des Rechtsstaats bzw. der „rule of law“ ab. Diesem Verfassungstypus sind von den untersuchten Ländern die Verfassungen Kenias, Namibias und der Philippinen zuzuordnen. Umso bedeutsamer erscheint das ausdrückliche Bekenntnis zur Mehrparteiendemokratie, das in Reaktion auf die Einparteienherrschaft der langjährigen Regierungspartei KANU (Kenya African National Union) 1997 ausdrücklich in den Eingangsbestimmungen der kenianischen Verfassung verankert wurde.³ Ähnlich sind zentrale Elemente des

² Länderbericht von Néstor P. Sagües.

³ Sect. 1A der Verfassung von Kenia: „Die Republik Kenia ist ein demokratischer Staat mit einem

Rechtsstaatsprinzips bzw. der „rule of law“, wie der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Verfahren („due process“) im Falle der Entziehung von Leben, Freiheit und Eigentum, und des Demokratieprinzips, wie der Grundsatz der Volkssouveränität, ausdrücklich in der philippinischen Verfassung verankert.⁴

Die Verfassungen Ägyptens (von 1971) und der Volksrepublik China (von 1982) sind ursprünglich als sozialistische Verfassungen entstanden. In der Verfassung Ägyptens sind die Bezugnahmen auf den sozialistischen Charakter von Staat und Gesellschaft durch die Verfassungsreform vom März 2007 weitgehend beseitigt worden, während die chinesische Verfassung von 1982 nach wie vor an der Charakterisierung der Volksrepublik China als eines sozialistischen Staates festhält. Beide Staaten bezeichnen sich in ihren Verfassungen ausdrücklich als Demokratie⁵ und leiten alle Staatsgewalt von der Souveränität des Volkes ab. Die chinesische Verfassung schreibt indes in der Präambel den Führungsanspruch der Kommunistischen Partei Chinas ausdrücklich fest und bekennt sich in Art. 3 zum „demokratischen Zentralismus“ als Grundprinzip des Staatsaufbaus. Demgegenüber wird die Arabische Republik Ägypten in dem 2007 reformierten Artikel 5 der ägyptischen Verfassung ausdrücklich als Mehrparteiensystem definiert.

Das Rechtsstaatsprinzip hat Aufnahme in beide Verfassungen gefunden, in die Verfassung der Volksrepublik China allerdings erst durch Verfassungsreform vom 15. März 1999. Nach dem revidierten Artikel 5 übt die Volksrepublik China ihre Staatsgewalt in Einklang mit dem Gesetz aus und errichtet eine sozialistische Ordnung auf der Basis des Rechtsstaats. Die ägyptische Verfassung hat dem Rechtsstaatsprinzip sogar einen ganzen Abschnitt – den vierten – der Verfassung gewidmet. Danach ist die „Herrschaft des Rechts“ die Grundlage der Ausübung jeglicher Staatsgewalt in Ägypten

(Artikel 64 der ägyptischen Verfassung vom 11. Juli 1971).

II. Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips in den untersuchten Verfassungsordnungen

Ganz überwiegend herrscht heute in den untersuchten Staaten ein materielles Verständnis des Rechtsstaatsprinzips vor. In einigen Ländern, insbesondere in Rumänien und Venezuela, hat diese materielle Ausrichtung des Rechtsstaatsprinzips unmittelbar Eingang in die verfassungsrechtliche Rechtsstaatsklausel gefunden. So bezieht sich die venezolanische Rechtsstaatsklausel in Art. 2 der Verfassung unter anderem ausdrücklich auf das Leben, die Freiheit, die Gerechtigkeit und den Vorrang der Menschenrechte als die „höchsten Werte“ („valores superiores“) der Rechtsordnung. Eine ähnlich enge Verbindung von formalen und materialen Gehalten der Rechtsstaatlichkeit lässt die Rechtsstaatsklausel der namibischen Verfassung erkennen, nach der die Republik Namibia auf die „Werte des Rechtsstaats (rule of law) und der Gerechtigkeit für alle (justice for all)“ gegründet ist.⁶ Art. 1 Abs. 3 der rumänischen Verfassung schließlich definiert Rumänien als einen demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in dem die Würde des Menschen, die Rechte und Freiheit der Bürger, die freie Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit, die Gerechtigkeit und der politische Pluralismus die höchsten Werte darstellen. Dementsprechend legt das rumänische Verfassungsgericht seiner Rechtsprechung eine weite Rechtsstaatskonzeption zugrunde, die die materialen, freiheitsschützenden Gehalte der Rechtsstaatlichkeit betont.⁷

Allerdings birgt die materielle Aufladung des Rechtsstaatsprinzips auch die Gefahr, dass die Berufung auf die Erfordernisse der materiellen Gerechtigkeit dazu benutzt wird, um die formalen Elemente des Rechtsstaats wie Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, Rückwirkungsverbot oder Schutz wohlerworbener Rechte zu relativieren oder ganz außer Kraft zu setzen.

Mehrparteiensystem (a multiparty democratic state).“

⁴ Länderbericht von Andres D. Bautista.

⁵ Art. 1 Abs. 1 der ägyptischen Verfassung vom 11. September 1971: „Die Arabische Republik Ägypten ist ein demokratischer Staat, basierend auf der Staatsbürgerschaft.“

⁶ Zum materiellen Rechtsstaatsverständnis, das der Ausarbeitung der namibischen Verfassung zugrunde lag, s. Länderbericht von Joseph Diecho.

⁷ Länderbericht von Iulia Motoc.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen den formalen und den materialen Gehalten der Rechtsstaatlichkeit ist vor allem in Venezuela sichtbar geworden.⁸

In Russland und erst recht in Argentinien ist die Bezugnahme auf die materiellen Komponenten der Rechtsstaatlichkeit im Verfassungstext selbst zwar weniger eindeutig ausgefallen, die Verfassungsrechtsprechung hat jedoch die materialen Gehalte des Rechtsstaatsprinzips umso deutlicher herausgearbeitet. Das russische Verfassungsgericht hat klargestellt, dass ein Staat nur dann als Rechtsstaat anerkannt werden kann, wenn er die Sicherheit seiner Bürger gewährleistet, ihre Rechte und berechtigten Interessen wirksam schützt und im Falle ihrer Verletzung für deren Wiederherstellung sorgt. Das Individuum, seine Rechte und Freiheiten stellen danach den höchsten Wert des Rechtsstaats dar; die Achtung und der Schutz dieser Rechte sind folglich die vornehmsten Aufgaben des Rechtsstaats.⁹ Der Zusammenhang zwischen Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz wird auch von der Verfassungsrechtsprechung in Argentinien betont. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs setzt der Rechtsstaat die wirksame Ausübung der von der Verfassung geschützten individuellen Rechte voraus und erlegt den Gerichten die Verpflichtung zu ihrem Schutz auf.¹⁰

Auch in der stärker von angloamerikanischen Vorbildern geprägten Verfassungstradition Kenias und der Philippinen wird ein materielles Verständnis der „rule of law“ insofern deutlich, als neben der Gewaltenteilung (*separation of powers*) und einer unabhängigen Gerichtsbarkeit der Schutz der in der „Bill of Rights“ der jeweiligen Verfassung verbürgten Grund- und Menschenrechte einen Grundpfeiler des (ungeschriebenen) Rechtsstaatsprinzips darstellt.¹¹

Eine Ausnahme von dem Trend hin zu einem umfassenden, formale Sicherungen und materiellen Freiheitsschutz miteinander

der verbindenden Rechtsstaatsprinzip stellt hingegen die Volksrepublik China dar. Auch wenn seit der vierten Verfassungsänderung von 1999 das Rechtsstaatsprinzip das Prinzip der (sozialistischen) Gesetzlichkeit verdrängt zu haben scheint, so bleibt seine Umsetzung in der chinesischen Verfassungs- und Rechtsordnung bislang doch sehr begrenzt. Dies zeigt sich schon darin, dass die verfassungsmäßig garantierten Rechte als solche nicht Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer bestimmten Regierungsmaßnahme sein können, sondern nur in Verbindung mit dem Gesetz, das die Voraussetzungen für die Ausübung der betreffenden Rechte regelt und sie damit überhaupt erst anwendbar macht.¹²

Obwohl das 1990 in Kraft getretene Gesetz über Verwaltungsstreitigkeiten (Administrative Litigation Law, ALL) einen Ausgleich zwischen dem Schutz individueller Rechte einerseits und der Realisierung des Gemeinwohlinteresses durch die Verwaltung herbeiführen will, ist dieses Ziel in der Praxis bislang nur unvollkommen erreicht worden. Ursächlich hierfür ist die im Gesetz vorgesehene weitgehende Einschränkung der gerichtlichen Kontrollbefugnisse. Die Gerichte können zwar die Rechtmäßigkeit konkreter Verwaltungsentscheidungen überprüfen, haben jedoch keine Möglichkeit, die Rechtsgrundlage der Entscheidung selbst auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht einschließlich der Verfassung zu überprüfen. Vielmehr gilt der Grundsatz der strikten Gesetzesbindung des chinesischen Richters, der nicht nur Gesetze im formellen Sinne, sondern alle Normativakte im weitesten Sinne, auch Richtlinien und generelle Anordnungen verwaltungsinternen Ursprungs, mit einschließt.¹³ Ein weitere gravierende Einschränkung der Effektivität des neu eingeführten Verwaltungsrechtsschutzes ergibt sich aus der vom Gesetzgeber vorgenommenen Enumerierung der Rechte, deren Verletzung mit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht gerügt werden kann. Nur persönliche Rechte und Eigentumsrechte können danach Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Klage sein, nicht hinge-

⁸ Länderbericht von Jesús M. Casal. Dazu noch unter III.

⁹ Länderbericht von Michail Krasnov.

¹⁰ Länderbericht von N. Sagües (Fußnote 2).

¹¹ Länderbericht von Mutuma Ruteere/Mikewa Ogada,; A. Bautista (Fn. 4).

¹² Länderbericht von Qianfan Zhang.

¹³ Länderbericht von Qianfan Zhang (Fußnote 12).

gen politische Rechte.¹⁴ Als primärer Zweck der chinesischen Rechtsstaatsreformen, die mit der vierten Verfassungsänderung verfassungsrechtlich abgesichert wurden, erscheint danach die Sicherstellung einer strikten Gesetzesbindung der Verwaltung im Sinne einer engen Bindung an die Zielvorgaben der übergeordneten administrativen und politischen Ebene, während die effektive Verwirklichung der verfassungsmäßig anerkannten Grund- und Menschenrechte eher eine untergeordnete Rolle spielt.

III. Konkretisierung des Demokratieprinzips in den untersuchten Verfassungsordnungen

Alle untersuchten Staaten definieren sich in ihren Verfassungen als demokratische Systeme, wobei Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in den Staatszielbestimmungen der neueren Verfassungsdokumente, die sich mit den grundlegenden Attributen moderner Staatlichkeit befassen, häufig in einem Atemzug genannt werden.¹⁵ Die Grundlage des demokratischen Selbstverständnisses bildet in allen Fällen das Bekenntnis zum Grundsatz der Volkssouveränität, nach dem alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht. Dieses Prinzip ist in allen Ver-

fassungen ausdrücklich verankert,¹⁶ lediglich in Kenia gilt es als ungeschriebenes Verfassungsprinzip.¹⁷ Allen Verfassungen ist ferner gemeinsam, dass die Staatsgewalt zwar vom Volk ausgeht, von diesem jedoch nur in den von der Verfassung vorgesehenen Formen wahrgenommen werden kann. Der argentinische Oberste Gerichtshof hat die Bedeutung der Einhaltung der verfassungsmäßig vorgeschriebenen Formen und Verfahren bei der Ausübung der Volkssouveränität in seiner neueren Rechtsprechung besonders betont. Ihre Beachtung sei wesentlich für die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und der „rule of law“, wie sie für jede reife Demokratie kennzeichnend sei.¹⁸ Am anderen Ende des Spektrums hat die Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs Venezuelas die Bindung der Ausübung der Volkssouveränität an bestimmte verfassungsmäßig vorgeschriebene Formen in einigen Entscheidungen relativiert. So hat sie eine Überprüfung der Verfassungskonformität einer von der Nationalversammlung initiierten Volksbefragung mit der Begründung abgelehnt, dass der in der Befragung zum Ausdruck kommende Volkswille Verfassungskraft habe und daher schwerlich als verfassungswidrig qualifiziert werden könne.¹⁹ Allerdings bezog sich die Entscheidung unmittelbar auf die Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, des sog. „pouvoir constituant“. Aus ihr können daher Rückschlüsse für die Unbeachtlichkeit verfassungsrechtlich vorgeschriebener Formen und Verfahren in Fällen, in denen das Volk als „pouvoir constitué“ tätig wird, nur bedingt gezogen werden.

Die Demokratie ist in allen untersuchten Staaten primär als eine repräsentative Demokratie ausgestaltet, in der direkt-demokratischen Entscheidungsmechanismen nur eine ergänzende Funktion zukommt. Lediglich Kenia, Namibia und die Volksrepublik China verzichten in ihren

¹⁴ Länderbericht von Qianfan Zhang (Fußnote 12).

¹⁵ Zu dieser Staatengruppe zählen Russland, Rumänien und Venezuela, die sich jeweils explizit als „demokratischer Rechtsstaat“ definieren, aber auch die Republik Namibia, die gemäß Art. 1 Abs. 1 der Verfassung auf die Werte der „Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit“ gegründet ist, vgl. oben Fußnote 1. Kenia definiert sich als „demokratischer Staat mit einem Mehrparteiensystem“ (Sect. 1A der kenianischen Verfassung), Ägypten als „demokratischer Staat basierend auf der Staatsbürgerschaft“ (Art. 1 Abs. 1 der ägyptischen Verfassung). In Argentinien ist die Bezugnahme auf die „demokratische Ordnung“ (*sistema democrático, orden democrático*) und die „demokratischen Werte“ (*valores democráticos*) der argentinischen Republik namentlich durch die Verfassungsänderungen von 1994 in mehreren Verfassungsbestimmungen verankert worden, siehe N. Sagües (Fußnote 2), S. 7. Nach Art. II, sect. 1 der philippinischen Verfassung vom 15. Oktober 1986 sind die Philippinen ein „demokratischer und republikanischer Staat“ (a democratic and republican State“). Art. 1 Abs. 1 der Verfassung der Volksrepublik China charakterisiert die Volksrepublik als einen „sozialistischen Staat unter der demokratischen Diktatur des Volkes, angeführt von der Arbeiterklasse und basierend auf dem Bündnis von Arbeitern und Bauern.“

¹⁶ Art. 3 Abs. 1 der Verfassung der Russischen Föderation; Art. 2 Abs. 1 der rumänischen Verfassung; Art. 5 der venezolanischen Verfassung; Art. 33 der argentinischen Verfassung; Art. II, sect. 1 der philippinischen Verfassung; Art. 3 Abs. 1 der ägyptischen Verfassung; Art. 1 Abs. 2 namibische Verfassung; Art. 2 Abs. 1 der Verfassung der Volksrepublik China.

¹⁷ Länderbericht von Ruteere/Ogada (Fußnote 11).

¹⁸ Länderbericht von N. Sagües (Fußnote 2).

¹⁹ Länderbericht von J. Casal (Fußnote 8).

Verfassungen gänzlich auf solche Elemente direkter Demokratie. Die übrigen Verfassungen erkennen Volksentscheid, Volksbefragung und Volksbegehren in unterschiedlichem Umfang als legitime Ausdrucksformen des Volkswillens in bestimmten Sachfragen an.²⁰ Ihre Ausgestaltung, entweder in der Verfassung selbst oder in der Ausführungsgesetzgebung geregelt, erfolgt jedoch regelmäßig in einer Weise, die den Vorrang der repräsentativen Entscheidungsstrukturen in der politischen Praxis nicht in Frage stellt. So nimmt etwa die argentinische Verfassung wichtige Materien wie Verfassungsänderungen, internationale Verträge, Steuern, den Staatshaushalt und das Strafrecht vollständig von der Anwendung des Volksbegehrens aus.²¹ Der russische Gesetzgeber weist der Zentralen Wahlkommission, die unter dem Einfluss des Präsidents steht, eine zentrale Rolle bei der Zulassung von Volksbegehren zu mit der Konsequenz, dass bisher keine Volksinitiative über dieses Stadium hinaus gelangt ist.²² Ferner hat er die Mobilisierung der Bürger bei Volksentscheiden erheblich erschwert, indem er das Verbot, Volksentscheide zusammen mit Wahlen abzuhalten, eingeführt hat. Das Verbot ist vom russischen Verfassungsgericht als verfassungsgemäß bestätigt worden, da es einer Verfälschung des Volkswillens durch die für den Bürger unter Umständen verwirrende zeitgleiche Ausübung zweier verschiedener Formen von Volkssouveränität entgegenwirken wolle.²³

Einen grundsätzlich anderen Ansatz verfolgt von den untersuchten Staaten nur Venezuela, das in der Verfassung von 1999 eine Bezugnahme auf den Begriff der repräsentativen Demokratie gänzlich vermeidet und ihn durch den Begriff der partizipativen Demokratie ersetzt hat.²⁴ Dahinter steht das Bestreben, durch die Stärkung von Formen der unmittelbaren Bürgerbeteiligung die als korrupt angesehene „Parteiherrschaft“ („partidocracia“) unter der alten Verfassung von 1961 zu überwinden.

Im Einklang mit dieser Intention des Verfassungsgebers hat die Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs die von der Verfassung von 1999 errichtete demokratische Ordnung als einen „permanenten Dialog zwischen der Regierung und den Bürgern, den Repräsentanten und den Repräsentierten“ bezeichnet, der eine „fundamentale Veränderung des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft“ impliziere, wodurch Letztere mittels Ausübung der in der Verfassung gewährleisteten politischen Rechte ihre Führungsrolle zurückerhalte.²⁵ Die Verfassung verwirklicht diesen Ansatz, indem sie eine große Vielfalt von Instrumenten und Verfahren direkt-demokratischer Willensbildung normiert, von den Volksentscheiden über Gesetze und Verfassungsänderungen über die Volksbegehren bis hin zu den Volksabstimmungen über die vorzeitige Abberufung von Mandatsträgern und den Entscheidungsbefugnissen der sog. Bürgerversammlungen auf lokaler und regionaler Ebene. Allerdings fördert die Regierung den Gebrauch dieser Instrumente in der Praxis nur insoweit, als dies der Durchsetzung der eigenen politischen Zielvorstellungen förderlich erscheint, wie sich bei der Verschleppung des Referendums über die vorzeitige Abberufung des Staatspräsidenten 2004 gezeigt hat. So lässt sich nun nach einer Phase extensiver Anwendung direkt-demokratischer Mechanismen zwecks Beseitigung der letzten Bastionen des „ancien régime“ in den ersten Jahren nach 1999 nunmehr eine restriktivere, stärker auf die Einhaltung der formalgesetzlichen Voraussetzungen achtende Praxis direkt-demokratischer Partizipation beobachten.²⁶

Erhebliche Unterschiede zwischen den untersuchten Staaten zeigen sich bei dem Erfordernis eines Mehrparteiensystems mit einem echten Wettbewerb zwischen den Parteien als unentbehrliche Voraussetzung für eine funktionierende repräsentative Demokratie. Die Verfassung der Volksrepublik China schreibt den Führungsanspruch der Kommunistischen Partei Chinas ausdrücklich fest und erteilt damit der Vorstellung eines echten Wettbewerbs zwischen verschiedenen Parteien um die politische Macht eine eindeutige Absage. Zwar

²⁰ Länderberichte von N. Sagües (Fußnote 2), J. Casal (Fußnote 8), M. Krasnov (Fußnote 9), I. Motoc (Fußnote 7), A. Bautista (Fußnote 4), Abdul-Monem Al-Mashat.

²¹ Kritisch dazu Länderbericht von N. Sagües (Fußnote 2).

²² Länderbericht von M. Krasnov (Fußnote 9).

²³ Länderbericht von M. Krasnov (Fußnote 9).

²⁴ Länderbericht von J. Casal (Fußnote 8).

²⁵ Länderbericht von J. Casal (Fußnote 8).

²⁶ Länderbericht von J. Casal, ebd.

gibt es auch in China nominell eine Mehrzahl von Parteien, doch besteht ihre Aufgabe nicht in der Konkurrenz um die Regierungsmacht, sondern in der Kooperation unter der Führung der Kommunistischen Partei. In der Praxis haben daher die Wahlen zu den Repräsentativkörperschaften und insbesondere zum Nationalen Volkskongress lediglich akklamatorischen Charakter: Sie werden von der Kommunistischen Partei so gesteuert, dass die Kandidaten der Partei gewählt werden und die Körperschaften so zusammengesetzt sind, dass die Unterstützung für die Politik der Regierung sichergestellt ist.²⁷

In den meisten anderen Staaten ist das Mehrparteiensystem ausdrücklich in der Verfassung verankert.²⁸ Allerdings ergeben sich erhebliche Unterschiede bei der Umsetzung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen. Dabei spielen neben politischen Faktoren auch mangelhafte verfassungsrechtliche Sicherungen der Objektivität und Unabhängigkeit des demokratischen Wahlprozesses eine bedeutsame Rolle. In einer Reihe von Ländern ist ein besonderes staatliches Organ, etwa eine Wahlkommission, für die Vorbereitung, Durchführung und Überwachung fairer demokratischer Wahlen zuständig. Die Objektivität und Unabhängigkeit dieses Organs ist aber institutionell häufig nur mangelhaft abgesichert. So steht in Kenia die Ernennung der Mitglieder der Wahlkommission allein dem Präsidenten zu. Zwar gibt es seit 1997 eine Absprache zwischen den Parlamentsfraktionen, wonach alle Fraktionen dem Präsidenten eine ihrer jeweiligen parlamentarischen Stärke entsprechende Zahl von Mitgliedern der Wahlkommission zur Ernennung vorschlagen können.²⁹ Diese Absprache ist aber bislang nicht gesetzlich kodifiziert. Ihre Missachtung durch Präsident Kibaki im Vorfeld der letzten Präsidentschafts- und Parlamentswahlen im Dezember 2007 bereitete den Boden für die zum Teil gewalttätigen Auseinandersetzungen,

die der Bekanntgabe der – weithin als manipuliert angesehenen – Ergebnisse der Präsidentschaftswahlen folgen sollten.³⁰

In Russland räumt die Verfassung dem Staatspräsidenten ein Übergewicht über die anderen Verfassungsorgane, insbesondere die Regierung und das Parlament, ein. Die Regierung funktioniert im Wesentlichen als ausführendes Organ des Präsidenten, während es dem Parlament an Kontrollmöglichkeiten gegenüber dem Präsidenten weitgehend fehlt. Der dominierende Einfluss, den der Präsident damit auf die anderen Staatsorgane einschließlich der Zentralen Wahlkommission³¹ erlangt, ermöglicht es ihm, den politischen Prozess zu kontrollieren und die politische Opposition durch entsprechende exekutive Maßnahmen in ihren Wirkungsmöglichkeiten stark einzuschränken. Im Ergebnis wird dadurch ein echter politischer Wettbewerb nahezu unmöglich gemacht.³²

In Ägypten wurde der Staatspräsident bis 2005 von der Mehrheitsfraktion im Parlament vorgeschlagen und von der Bevölkerung durch Volksentscheid lediglich bestätigt. Die Verfassungsänderung von 2005 führte eine gewisse Demokratisierung der Präsidentschaftswahl insoweit ein, als sie auch anderen Parteien als der herrschenden Nationaldemokratischen Partei unter engen Voraussetzungen das Recht einräumte, einen Kandidaten für das Präsidentenamt vorzuschlagen, und damit der Bevölkerung die Möglichkeit zur Wahl unter mehreren Präsidentschaftskandidaten gab. Dieser begrenzte demokratische Fortschritt wurde jedoch kurze Zeit später bereits wieder „kassiert“, indem die bislang von der Verfassung vorgesehene Aufsicht der Gerichte über den Abstimmungsvorgang bei Parlamentswahlen – die sich in der Vergangenheit mehrfach als sehr effektiv erwiesen hatte – mittels einer weiteren Verfassungsreform 2007 beseitigt und die Aufgabe der Wahlaufsicht einer Hohen Wahlkommission übertragen wurde, deren Mitglieder von der Regierung ausgewählt werden.³³

²⁷ Länderbericht von Qianfan Zhang (Fußnote 12).

²⁸ Russische Föderation: Art. 13 Abs. 3; Rumänien: Art. 8; Ägypten: Art. 5; Kenia: Sect. 1A; Namibia: Art. 21 Abs. 1 lit. e; Argentinien: Art. 38; Philippinen: Sect. VI. Die Verfassung Venezuelas vermeidet aus den oben genannten Gründen den Begriff „politische Partei“ und spricht stattdessen vom „politischen Pluralismus“ (Art. 2, 6) bzw. von der „politischen Vereinigungsfreiheit“ (Art. 67).

²⁹ Länderbericht von Ruteere/Ogada (Fußnote 11).

³⁰ Länderbericht von Ruteere/Ogada (Fußnote 11).

³¹ Länderbericht von Krasnov (Fußnote 9).

³² Länderbericht von Krasnov (Fußnote 9).

³³ Länderbericht von A.-M. Al-Mashat (Fußnote 20).

Ein ähnlich starker Einfluss der Exekutive auf die obersten Wahlbehörden und -organe lässt sich auch in Venezuela konstatieren, wo der Nationale Wahlrat (*Consejo Nacional Electoral*) insbesondere den Ausgang des Volksentscheids über die Abberufung des Staatspräsidenten 2004 durch Verfahrenstricks wohl entscheidend beeinflusst hat. Zugleich war die Regierung wegen ihres Einflusses auf die Gerichtsbarkeit, insbesondere auf die Verfassungskammer des Obersten Gerichtshofs, auch in der Lage, eine unabhängige gerichtliche Kontrolle der umstrittenen Maßnahmen des Wahlrats zu verhindern.³⁴

IV. Wechselwirkungen zwischen Rechtsstaats- und Demokratieprinzip

Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip werden in den meisten der untersuchten Länder als komplementäre Prinzipien aufgefasst. Dies zeigt sich auf der verfassungstextlichen Ebene an der weithin praktizierten Verwendung des Begriffs „demokratischer Rechtsstaat“ bei der Formulierung der fundamentalen Staatsziele,³⁵ d.h. einer Formel, die davon ausgeht, dass die Anforderungen des Demokratieprinzips und des Rechtsstaatsprinzips miteinander zum Ausgleich gebracht werden können und müssen. In Übereinstimmung hiermit finden sich auch in der Verfassungsrechtsprechung wenige Fälle, in denen ein Spannungsverhältnis zwischen den beiden Prinzipien festgestellt und im Sinne des Vorrangs des einen oder des anderen Prinzips aufgelöst worden ist. Ausnahmen gelten insoweit für Venezuela und die Philippinen. In Venezuela hat sich der Oberste Gerichtshof auf die „souveräne, ursprüngliche und umfassende“ verfassungsgebende Gewalt des Volkes berufen, um zu begründen, warum die von der venezolanischen Bevölkerung 1999 gewählte Verfassungsgebende Versammlung bei der Ausarbeitung einer neuen Verfassung und der Schaffung einer Übergangsordnung nicht an die Einschränkungen und Grenzen gebunden war, die sich aus der eigentlich noch gültigen Verfassung von 1961 ergeben.³⁶ Ähnlich hat der philippinische Supreme Court in einer Entscheidung aus

dem Jahre 1992 die Verfassungsmäßigkeit der Regierung von Präsidentin Aquino bejaht, die 1986 nach Massenprotesten gegen den zum Sieger der Präsidentschaftswahlen erklärten Ferdinand Marcos und nach dessen Vertreibung in das Exil ins Amt gelangt war. Das Gericht befand, dass Frau Aquino ihr Amt durch die Autorität des souveränen philippinischen Volkes wirksam übertragen worden sei, auch wenn Form und Verfahren der Regierungsübernahme nicht den zur damaligen Zeit geltenden Verfassungsvorschriften entsprochen hätten.³⁷

Beide Entscheidungen betrafen jedoch eine Sondersituation, nämlich die Verdrängung eines politischen Regimes durch ein anderes und die Frage, ob in dieser Situation formellen oder materiellen Legitimitätskriterien der Vorzug gebührt. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob auch im Rahmen der neu etablierten verfassungsmäßigen Ordnung die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk (*als pouvoir constitué*) in Wahlen und Abstimmungen von den sich aus der Verfassung ergebenden Bindungen und Einschränkungen freigestellt sein soll. Diese Frage wird, soweit erkennbar, in keinem der in die Untersuchung einbezogenen Länder positiv beantwortet, auch in den Philippinen und Venezuela nicht.³⁸ Vielmehr herrscht die Auffassung vor, dass die Ausübung der demokratischen Entscheidungsgewalt in den Formen und innerhalb des Rahmens zu erfolgen hat, den die Verfassung vorgibt (*constitutional democracy*).³⁹

Sind Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip Komplementärprinzipien, liegt die Annahme nahe, dass Defizite in der Verwirklichung des einen Prinzips zugleich auch Auswirkungen auf die Realisierungschancen des anderen Prinzips haben. Diese Annahme wird durch die Auswertung der Landesberichte bestätigt. Ein strukturelles Kernproblem bei der Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips, auf das die meisten

³⁴ Länderbericht von J. Casal (Fußnote 8).

³⁵ Siehe oben Fußnote 1.

³⁶ Länderbericht von J. Casal (Fußnote 8).

³⁷ Länderbericht von A. Bautista (Fußnote 4).

³⁸ Zur Entwicklung der Verfassungsrechtsprechung in Venezuela und zum Verhältnis direkt-demokratischer zu repräsentativ-demokratischen Entscheidungsverfahren Länderbericht von J. Casal (Fußnote 8).

³⁹ In diesem Sinne besonders klar die argentinische Corte Suprema, vgl. Länderbericht von N. Sagües (Fußnote 2).

Landesberichte ausführlich eingehen, ist die fehlende Unabhängigkeit und Kompetenz der Gerichtsbarkeit. Ohne eine funktionierende Gerichtsbarkeit, die eine effektive Kontrolle der durch die Verfassung normierten Rechte und Verfahrensstandards sicherstellt, bleiben viele rechtsstaatliche Reformen im Alltag toter Buchstabe. Eine dysfunktionale Gerichtsbarkeit kann viele Ursachen haben, darunter auch solche, die mit der mehr oder minder erfolgreichen Implementierung des Demokratieprinzips wenig zu tun haben. So kann die schlechte soziale und ökonomische Situation vieler Richter und eine dadurch begünstigte endemische Korruption in den Gerichten die Unabhängigkeit der richterlichen Funktion untergraben.⁴⁰ In vielen Ländern beruht die Schwäche der Gerichtsbarkeit aber (auch) auf der fehlenden Distanz zu den politischen Gewalten, d.h. zu Regierung und Parlament. Die politische Einflussnahme auf die Justiz vollzieht sich dabei auf zweierlei Weise: durch die gezielte Einflussnahme auf die Personalpolitik der Gerichte, d.h. die Richterernennung und -beförderung,⁴¹ und durch die gezielte Korrektur missliebiger Entscheidungen durch den berühmten Federstrich des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers.⁴² Beide Formen von Einflussnahme kommen in der Praxis vor, wobei die erste Form nicht nur diskreter, sondern häufig auch wirksamer ist, weil sie die Wahrscheinlichkeit, dass es zu missliebigen Gerichtsurteilen kommt, von vornherein verringert.

Die exzessive Einflussnahme der Politik auf die Justiz wird ihrerseits dadurch begünstigt, dass der Gewaltenteilungsgrundsatz unzureichend verwirklicht ist.⁴³ Solche Defizite in der Wahrung der Gewaltenteilung sind, wie das Beispiel Argentinien zeigt, auch in halbwegs stabilen Demokratien keine Seltenheit.⁴⁴ Sie fallen jedoch noch wesentlich krasser aus in Ländern, in denen ein demokratischer Wettbewerb um die Macht nicht stattfindet und eine freie

Presse und kritische Öffentlichkeit ausgeschaltet sind. Diese These wird durch das kenianische Beispiel eindrucksvoll erhärtet. In Kenia erreichte die Missachtung rechtsstaatlicher Grundsätze in der Ära der Einparteienherrschaft von KANU ihren Höhepunkt. Die Einparteienherrschaft von KANU ermöglichte es der Parteiführung, die identisch mit der Staatsführung war, nicht nur, den Grundsatz der gerichtlichen Unüberprüfbarkeit von Parteientscheidungen öffentlich zu verkünden.⁴⁵ Sie gewährte der Exekutive zugleich eine totale Kontrolle über die Gerichte, die fügsam dafür sorgten, dass den Dissidenten, Oppositionellen und Regierungskritikern, die während dieser Zeit massenhaft eingeschüchtert, festgenommen, in Gefangenschaft gehalten und misshandelt wurden, jeder wirksame Grundrechtsschutz verwehrt blieb.⁴⁶ Erst nach der Rückkehr zum Mehrparteiensystem und der Wiederherstellung einer kritischen Öffentlichkeit konnte auch die Justiz ihre Handlungsspielräume teilweise zurückerobern und ihre zuvor extrem restriktive Rechtsprechung zum gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber Grundrechtsverletzungen zumindest partiell korrigieren,⁴⁷ wenn auch der Einfluss der Exekutive (des Präsidenten) auf die Richterernennung auf der Grundlage der (weitgehend unreformierten) Verfassung nach wie vor unverhältnismäßig groß ist.⁴⁸

Zwar sind heute die weitaus meisten Entwicklungsländer bereit, einen rechtsstaatlichen Mindestschutz für bestimmte individuelle Rechte, insbesondere für Eigentumsrechte, zu gewährleisten, weil sie andernfalls im globalen Wettbewerb um Investitionen, ohne die heute keine Volkswirtschaft mehr auskommt, nicht bestehen könnten. Die Wirkung entsprechender rechtsstaatlicher Reformen bleibt jedoch begrenzt, falls sie nicht zugleich auch die politischen Macht- und Entscheidungsstrukturen in den Blick nehmen. China liefert hierfür ein sehr anschauliches Beispiel. Die rechtsstaatlichen Reformen, die seit den späten 80er Jahren durchgeführt worden sind, basieren auf der Einsicht, dass eine dynamische wirtschaftliche Entwicklung auf Dauer nur dann aufrechterhalten

⁴⁰ Länderbericht von A. Bautista (Fußnote 4).

⁴¹ Länderbericht von N. Sagües (Fußnote 2).

⁴² Länderbericht von J. Casal (Fußnote 8).

⁴³ Länderbericht von J. Diescho (Fußnote 6).

⁴⁴ In Argentinien dominieren die politischen Organe, d.h. der Präsident und der Kongress, das Verfahren der Richterauswahl, weil sie in dem formal zuständigen Organ, dem Consejo de la Magistratura, über die Mehrheit der Stimmen verfügen; vgl. Länderbericht von N. Sagües (Fußnote 2).

⁴⁵ Länderbericht von Ruteere/Ogada (Fußnote 11).

⁴⁶ Länderbericht von Ruteere/Ogada (Fußnote 11).

⁴⁷ Länderbericht von Ruteere/Ogada (Fußnote 11).

⁴⁸ Länderbericht von Ruteere/Ogada (Fußnote 11).

werden kann, wenn die entsprechenden Wachstumsprozesse durch einen wirksamen Schutz auch privater Eigentumsrechte und durch eine effiziente, willkürfreie Verwaltung abgesichert und gefördert werden. Um dieses Ziel zu erreichen, haben die seit 1990 eingeführten Reformen die Kontrolle der Gerichte über die Verwaltung gestärkt. Zugleich wurden indes Sicherungen eingebaut, die gewährleisten, dass die erweiterten gerichtlichen Kontrollbefugnisse nicht dazu benutzt werden können, die bestehenden politischen Machtstrukturen in Frage zu stellen. So können die Bürger vor den Gerichten nur die Verletzung von Eigentumsrechten und persönlichen Rechten rügen, nicht jedoch die Verletzung politischer Rechte wie Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit.⁴⁹ Die Kontrolle der Gerichte bleibt zudem auf die Überprüfung konkreter Verwaltungsmaßnahmen beschränkt, sie erstreckt sich nicht auf die zugrunde liegenden Normativekte (Gesetze oder Verordnungen), in denen die Vorgaben der politischen Führung für den entsprechenden Aufgabenbereich der Verwaltung ihren Niederschlag gefunden haben.⁵⁰ Schließlich haben die Reformen das System der Richterauswahl und Richterernennung in vielen Punkten weitgehend unberührt gelassen. Die einschlägigen Regeln garantieren nach wie vor der politischen Führung einen maßgeblichen Einfluss auf die Besetzung der Gerichte und stellen sicher, dass diese in „politisch sensiblen Fällen“ der Parteilinie folgen.⁵¹

In der entwicklungspolitischen Literatur wird zum Teil angenommen, dass eine erfolgreiche wirtschaftliche Entwicklung über kurz oder lang auch ein Bedürfnis nach stärkerer politischer Teilhabe weckt, so dass auch rechtsstaatliche Reformen, die ursprünglich nur begrenzte Ziele wie die Stärkung der Justiz und den wirksameren Schutz von Eigentumsrechten verfolgen und die die politischen Rechte zunächst ausklammern, am Ende doch zu demokratischen Reformen führen.⁵² Die Auswertung

der Landesberichte im Rahmen dieses Projekts stützt diese optimistische Annahme indes nicht. Vielmehr erscheint die Wirksamkeit und Nachhaltigkeit rechtsstaatlicher Maßnahmen, die nicht in einem demokratischen politischen Kontext verwirklicht und auch nicht von entsprechenden Reformen begleitet werden, sehr prekär.⁵³ Ein Beispiel für die Umkehrbarkeit rechtsstaatlicher Reformen, sobald sie den (vordemokratischen) politischen Status quo gefährden, ist die Entwicklung in Ägypten. Vornehmlich aus wirtschaftlichen Gründen hat der ägyptische Verfassungs- und Gesetzgeber nach dem wenig erfolgreichen Experiment mit dem Sozialismus à la Nasser seit den 1970er Jahren Anstrengungen unternommen, den Schutz individueller Rechte, insbesondere auch der Eigentumsrechte, zu stärken und zu diesem Zweck eine besondere Institution in Gestalt des ägyptischen Verfassungsgerichts geschaffen. In der Praxis hat sich das Verfassungsgericht freilich nicht auf den Schutz der Eigentumsrechte beschränkt, sondern auch die Wahrung der anderen verfassungsmäßigen Grundrechte zu seiner Sache gemacht, einschließlich der politischen Grundrechte wie Freiheit der Medien und Wahlrecht der Bürger.⁵⁴ Während die ägyptische Regierung eine Zeit lang bereit war, diese Rechtsprechung hinzunehmen, hat sie in den letzten Jahren damit begonnen, die Entwicklung zurückzudrehen und die nicht zuletzt durch die Verfassungsrechtsprechung eröffneten Spielräume von Opposition und Menschenrechtsgruppen wieder einzuengen. Die Ernennung konservativerer Richter an das Verfassungsgericht gehört ebenso zu den Instrumenten dieser Politik wie der Einsatz der von der Verfassung gewährten Notstandsbefugnisse. Mit den Verfassungsreformen von 2007 hat

nierenden Marktwirtschaft – das Wirtschaftswachstum, das, aus der Verbindung von rechtsstaatlichen Reformen und Marktwirtschaft resultiert, fördert die Demokratisierung – die Demokratisierung trägt zur Konsolidierung von wirtschaftlichem Wachstum und rechtsstaatlichen Reformen bei.

⁴⁹ Länderbericht von Qianfan Zhang (Fußnote 12).

⁵⁰ Länderbericht von Qianfan Zhang (Fußnote 12).

⁵¹ Länderbericht von Qianfan Zhang (Fußnote 12).

⁵² Dies ist der bereits in Abschnitt II. der Einführung thematisierte „virtuous cycle“, der als Prämisse der Entwicklung von Rechtsstaatsprogrammen in den 90er Jahren zugrunde lag: Rechtsstaatliche Reformen fördern die Entstehung einer funktio-

⁵³ Pointiert Länderbericht von Krasnov (Fußnote 9): „One can even argue that democracy is possible without a rule-of-law state (although it will not be a modern democracy) while a rule-of-law state is not possible without democracy.“

⁵⁴ Tamir Moustafa, *The Struggle for Constitutional Power – Law, Politics, and Economic Development in Egypt*, Cambridge University Press 2007, 178 ff.

diese Entwicklung einen vorläufigen Höhepunkt erreicht. Durch diese Reformen haben nicht nur die Gerichte die Aufgabe der Wahlkontrolle bei Parlamentswahlen – deren Wirksamkeit von allen neutralen Beobachtern anerkannt war – verloren, indem diese auf eine unter dem Einfluss der Exekutive stehende Wahlkommission übertragen wurde, sondern es wurden auch terrorismusverdächtige Personen dem Zugriff der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen und stattdessen pauschal der Militärgerichtsbarkeit überstellt.⁵⁵ Das ägyptische Beispiel demonstriert, dass rechtsstaatliche Reformen, die nicht von entsprechenden demokratischen Reformen begleitet und abgestützt werden, jederzeit zurückgedreht werden können – und regelmäßig auch zurückgenommen werden, sobald sie Wirkungen zu entfalten beginnen, die sich mit der Bewahrung des politischen Status quo nicht vereinbaren lassen.

V. Folgerungen für die Entwicklungszusammenarbeit

Die Autoren der Landesberichte kommen zu keinen einheitlichen Empfehlungen hinsichtlich der aus ihren Analysen zu ziehenden Schlussfolgerungen für die Prioritätensetzung bei der Entwicklung künftiger Entwicklungskooperationsprogramme. Als einheitliche Grundlinie lässt sich jedoch festhalten, dass keiner der Berichterstatter für einen radikalen Vorrang des einen oder des anderen Prinzips bei der Konzeptionierung solcher Programme plädiert. Vielmehr werden beide Prinzipien als komplementär und sich wechselseitig verstärkend angesehen. Ihre Verwirklichung sollte daher auch in wechselseitiger Verschränkung und nicht voneinander unabhängig vorangetrieben werden.⁵⁶

Allerdings befürworten einige Autoren (Argentinien, Philippinen) eine stärkere Schwerpunktsetzung der Entwicklungszusammenarbeit im rechtsstaatlichen Bereich.⁵⁷ Diese Empfehlung ist jedoch auf die konkrete Situation in ihrem jeweiligen Land (bzw. in ihrer Region) mit bereits halbwegs gesicherten demokratischen Strukturen zugeschnitten und nicht als

generelle Richtschnur für die inhaltliche Ausrichtung von Entwicklungsprogrammen zu verstehen. Ausdrücklich wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass ein Fortschritt bei der Demokratieförderung zugleich einer Vertiefung der Rechtsstaatlichkeit dient, da demokratische Regime generell den Rechten des Individuums als dem zentralen Anliegen des modernen Rechtsstaatskonzepts mehr Achtung entgegenbringen als nichtdemokratische Regime.⁵⁸

Das Plädoyer für eine „ganzheitliche“, d.h. auf die wechselseitige Verschränktheit und Bedingtheit von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie abhebende Betrachtungsweise ist am deutlichsten bei den Berichterstattern aus jenen Ländern aus, in denen in der jüngeren Vergangenheit sowohl Rechtsstaatlichkeit als auch Demokratie nur rudimentär und unzulänglich oder gar nicht verwirklicht worden sind. So sieht der Verfasser des russischen Landesberichts den Hauptgrund für den ausbleibenden Fortschritt beim Ausbau des Rechtsstaats in der Russischen Föderation in dem Mangel an Demokratie: ohne Überwindung der durch die Verfassung bedingten oder zumindest begünstigten Ungleichgewichte in der demokratischen Machtverteilung zwischen dem Präsidenten und den anderen Staatsorganen sei eine nachhaltige Verankerung der Rechtsstaatlichkeit in seinem Land nicht zu erwarten.⁵⁹ Der Landesbericht Kenia schließt mit der Erkenntnis, dass nach der kenianischen Erfahrung Rechtsstaatlichkeit auf wackligen Beinen steht, solange sie nicht durch demokratische Institutionen gegen die Launen der Mächtigen geschützt ist. Umgekehrt müsse die Demokratie durch die Erfordernisse der Rechtsstaatlichkeit gebändigt werden, um die Errichtung einer Tyrannei durch die Macht, die im Namen des Volkes spricht, zu verhindern: „Vielleicht müssen diejenigen, die an Politik interessiert sind, eher nach Komplementarität suchen als nach Prioritätensetzung hinsichtlich der Reformen der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie. Dieser Ansatz verspricht einen höheren Lohn, sowohl auf nationalen als auch internationalen Ebenen, für diejenigen, die an unterstützenden Reformen in-

⁵⁵ Länderbericht von A.M. Al-Mashat (Fußnote 20).

⁵⁶ Länderbericht von J. Casal (Fußnote 8).

⁵⁷ Länderbericht von N. Sagües (Fußnote 2); Länderbericht von A. Bautista (Fußnote 4).

⁵⁸ Länderbericht von N. Sagües (Fußnote 2).

⁵⁹ Länderbericht von Krasnov (Fußnote 9).

teressiert sind.“⁶⁰ Derselbe komplementäre Ansatz liegt auch den Schlussfolgerungen des chinesischen Landesberichts zugrunde: „Um es klarzustellen: Demokratie ist nicht dasselbe wie Gewaltenteilung oder Rechtsstaatlichkeit, aber sie ist die politische Voraussetzung für ein kompetitives Mehrparteiensystem, das seinerseits die institutionelle Basis für die Gewaltenteilung und die Rechtsstaatlichkeit bildet. Ohne Demokratie wird sich die politische Macht auf eine Regierungspartei ohne bedeutende Opposition konzentrieren und wenn die Gewaltenteilung unwiderruflich beeinträchtigt ist, wird die Rechtsstaatlichkeit zu einer Farce.“⁶¹

⁶⁰ Länderbericht von Ruteere/Ogada (Fußnote 11).

⁶¹ Länderbericht von Qianfan Zhang (Fußnote 12).

AUTORENVERZEICHNIS

*Prof. Dr. Andres D. Bautista,
Dekan der Rechtsfakultät, Far Eastern University,
Manila, Philippinen
E-Mail: deanbautista@yahoo.com*

*Prof. Dr. Jesús M. Casal,
Dekan der Rechtsfakultät, Katholische Universität Andrés Bello,
Caracas, Venezuela
E-Mail: jcasal@ucab.edu.ve*

*Prof. Joe Diescho, Ph.D.,
Leiter Internationale Beziehungen, UNISA, Südafrika
E-Mail: josephdiescho@lantic.net*

*PD Dr. Rainer Grote, LL.M.,
Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,
Heidelberg
E-Mail: rgrote@mpil.de*

*Prof. Dr. Michail A. Krasnov,
Staatliche Universität für Ökonomie,
Moskau, Russland
E-Mail: kafedra2004@list.ru*

*Prof. Abdul-Monem Al-Mashat, Ph.D.,
Universität Kairo, Ägypten
E-Mail: aalmashat2020@yahoo.com*

*Prof. Dr. Iulia Motoc,
Mitglied des UN-Menschenrechtsausschusses,
Universität Bukarest, Rumänien
E-Mail: motoci@juris.law.nyu.edu*

*Mikewa Ogada,
Direktor der Adili Consulting Group, ehemaliger Vorsitzender des
Forschungsprogramms der Menschenrechtskommission in Kenia
E-Mail: mogada@adiliconsult.com*

*Dr. Mutuma Ruteere,
Kenya Human Rights Institute,
Nairobi, Kenia
E-Mail: mruteere@hotmail.com*

*Prof. Dr. Néstor Sagüés,
ehem. Richter,
Präsident des Iberoamerikanischen Instituts für Verfassungsprozessrecht
E-Mail: npsagues@gmail.com*

*Dr. Jan Woischnik, Koordinator Rechtsstaat, Konrad-Adenauer-Stiftung,
jan.woischnik@kas.de*

*Prof. Dr. Qianfan Zhang, Professor für Rechtswissenschaft, Peking Universität, Beijing,
China, qfz@pku.edu.cn*