

Quelle: Homepage der Gesellschaft für Arabisches und Islamisches Recht (GAIR) e.V. (www.gair.de). Für den Inhalt dieses Artikels ist allein der Autor verantwortlich. Erstveröffentlichung in der Zeitschrift für Afghanistankunde (www.siiba.de), Nr. 2, April 2008, S. 7ff. Online auf www.gair.de mit freundlicher Genehmigung des Herausgebers.

## **Überblick über das Rechtsstaatsprinzip in der afghanischen Verfassung:**

### **Kritische Betrachtung im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip im deutschen Grundgesetz**

*Von Dr. jur. Naseef Naeem*

#### **Autoreninfo:**

Naseef Naeem wurde 1974 in Fairouza (Syrien) geboren. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Aleppo legte er 1998 das Diplom für Öffentliches Recht und 1999 das Diplom der Finanz- und Verwaltungswissenschaften an der Universität Damaskus ab. Von 1999 bis 2002 war er als selbständiger Anwalt in Syrien tätig, 2001 - 2002 auch als wissenschaftlicher Assistent an der Universität Damaskus. 2007 promovierte er mit der Arbeit *Die neue bundesstaatliche Ordnung des Irak* an der Juristischen Fakultät der Universität Hannover. Die Dissertation erschien 2008 in der Reihe „Leipziger Beiträge zur Orientforschung“ des Peter Lang Verlags. Zu seinen neusten Publikationen gehört „Einflüsse der Religionsklausel auf die Verfassungsgebung in den islamisch geprägten Ländern“, in: *Islam und Rechtsstaat zwischen Scharia und Säkularisierung*, Sankt Augustin/Berlin, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008, S. 77 - 86.

#### **Summary:**

Der afghanische Verfassungsgeber entscheidet sich in der Präambel der afghanischen Verfassung ausdrücklich für die Rechtsstaatlichkeit als Basis der neuen afghanischen Gesellschaft. In weiteren Bestimmungen der Verfassung sind grundsätzlich alle Komponenten des Rechtsstaatsprinzips zu finden. Jedoch zeigen sich im Aufbau des afghanischen Rechtsstaates Schwächen, wenn die Aspekte der Rechtsstaatlichkeit der afghanischen Verfassung im direkten Vergleich mit dem Rechtsstaatsprinzip des deutschen Grundgesetzes betrachtet werden, wie es von dem Bundesverfassungsgericht und der deutschen Verfassungsrechtslehre interpretiert wird. Dazu tragen insbesondere eine eventuelle Einschränkung der Grundrechte durch ihre konforme Auslegung mit dem islamischen Recht und ein Mangel an Rechtssicherheit bei, welcher anhand der Verweise auf die hanafitische Rechtslehre und den Shia-Rechtskodex festzustellen ist.

## I.

Der Aufsatz behandelt das Thema Rechtstaatlichkeit in der afghanischen Verfassung (AV)<sup>1</sup> aus verfassungsrechtlicher Sicht. Dabei wird darauf abgezielt, die Grundlage des afghanischen Rechtsstaatsprinzips zu erörtern, um am Ende einen Definitionsversuch einzuleiten. Im Fokus der Untersuchung stehen die Bestimmungen der afghanischen Verfassung, die am 04.01.2004 von der Großen Ratsversammlung „Loya Dschirga“<sup>2</sup> angenommen und vom Präsidenten der Übergangsregierung Afghanistans am 25.01.2004 unterzeichnet wurde und damit in Kraft trat. Den Ausgangspunkt für diese Analyse stellt das Rechtsstaatsprinzip im deutschen Grundgesetz (GG) mit seinen vielfältigen Tendenzen dar,<sup>3</sup> welche in der deutschen Staatsrechtslehre ausführlich untersucht wurden.<sup>4</sup> So wird sich in diesem Aufsatz darauf beschränkt, ausgewählte und für eine vergleichende Auslegung der afghanischen Verfassung relevante Aspekte des Rechtsstaatsprinzips aus dem Grundgesetz und der deutschen Staatsrechtslehre in die Untersuchung einzubeziehen, ohne daß den kontroversen Diskussionen über die dogmatische Ableitung des Rechtsstaatsprinzips oder der rechtsstaatlichen Ideen seitens der deutschen Staatstheoretiker nachgegangen wird.<sup>5</sup>

## II.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß es aufgrund von begrifflichen, formellen und materiellen Schwierigkeiten nicht möglich erscheint, eine einfache, für den Rechtsstaat ebenso wie für das Rechtsstaatsprinzip allgemein gültige, abgegrenzte und einheitliche Definition zu entwickeln, welche alle Aspekte dieses Grundsatzes im Leben eines Verfassungsstaates umfaßt.<sup>6</sup> Als eines der elementaren Prinzipien des deutschen Grundgesetzes<sup>7</sup> ergibt sich das Rechtsstaatsprinzip im Verfassungsstaat Deutschland aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 über die Bindung der einzelnen Staatsgewalten an die verfassungsmäßige bzw. gesetzliche Ordnung, des Art. 1 Abs. 3 über die Verbindlichkeit der Achtung der Grundrechte für die Staatsgewalten, des Art. 19 Abs. 4 über die Öffnung des Rechtsweges im Fall der Verletzung von Grundrechten und des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG über die Bindung der verfassungsmäßigen Ordnung der Länder an den Rechtsstaat als einen unverzichtbaren Grundsatz des Staatsaufbaus sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes. Zudem

---

<sup>1</sup> Die folgende Analyse bezieht sich auf die deutsche Übersetzung der afghanischen Verfassung von Gholam Djelani Davary, in: *ZaöRV*, Vol. 64, 4/2004, S. 943 – 978. In diesem Aufsatz verwendete Abkürzungen: Abs. = Absatz(en), Art. = Artikel(n), AV = Die afghanische Verfassung vom 27.01.2004, BVerfGE = Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, f. = folgende, ff. = fortfolgende, GG = Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Jg. = Jahrgang, K-GG = Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Nr. = Nummer(n), S. = Seite(n), s. = siehe, vgl. = vergleiche, Vol. = Volume, ZaöRV = Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, z.B. = zum Beispiel,

<sup>2</sup> Das Wort „Loya Dschirga“ wird in einigen Quellen auch „Loya Jirga“ geschrieben. Es bezeichnet in der afghanischen Tradition die Jahrhunderte alte Institution der Versammlung der Stammesältesten der auf dem afghanischen Land lebenden Bevölkerungsgruppen – z.B. Paschtunen und Tadschiken. Diese Versammlung hat die Aufgabe, über Grundsatzfragen zu entscheiden, die das ganze Land betreffen. In der afghanischen Geschichte hat sie eine entscheidende Rolle in Bezug auf die Staatsgründung und die Ausarbeitung der historischen afghanischen Verfassungen gespielt. Nach Art. 110 Nr. 1 & 2 AV setzt sich die Loya Dschirga aus den Mitgliedern der Nationalversammlung und den Vorsitzenden der Provinz- und Bezirksräte zusammen und entscheidet gem. Art. 111 über die Fragen der Unabhängigkeit, der nationalen Souveränität, der territorialen Integrität, der höchsten Interessen des Landes, der Änderung der Verfassung und der juristischen Verantwortung des Präsidenten durch die Anklage gem. Art. 69. Dazu s. Vergau, Hans-Joachim, „Manifest der Hoffnung: Über die neue Verfassung Afghanistans“, in: *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)*, Jg. 37, 4/2004, S. 468 ff. (465 – 488); Johnson, Thomas H., „Afghanistan’s post-Taliban transition: the state of state-building after war“, in: *Central Asian Survey*, Vol. 25, 1-2/2006, S. 3 ff. (1 – 26); Gerber, Gerlinde, *Die neue Verfassung Afghanistans: Verfassungstradition und politischer Prozeß*, 1. Auflage, Berlin, 2007, S. 59 ff., 80 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Schachtschneider, Karl Albrecht, *Prinzipien des Rechtsstaates*, Berlin, 2006, S. 16 ff.

<sup>4</sup> Da die Rechtstaatlichkeit im Grundgesetz ein Thema unzähliger Untersuchungen, Studien und Aufsätze ist, die hier nicht umfassend berücksichtigt werden können, wird sich nur auf ausgewählte Quellenangaben als Beispiele beschränkt. Das selbe gilt auch für die Quellenangaben bezüglich der afghanischen Verfassung und Staatsbildung.

<sup>5</sup> Zu diesen Diskussionen s. z.B. Kunig, Philip, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1986, S. 63 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Calliess, Christian, *Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen, 2001, S. 38 f.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 1, 14 (Leitsatz 28); 20, 323 (331).

gehören Gewaltenteilung<sup>8</sup> und Gewährleistung der Rechtssicherheit zu den wesentlichen Bestandteilen des Aufbaus des deutschen Rechtsstaates. Letztere trägt dazu bei, zum einen einen gerechten Verlauf von Rechtsfindungsverfahren zu gewähren und zum anderen die Rechtsbeständigkeit des Abschlusses eines solchen Verfahrens zu sichern.<sup>9</sup>

Geht man von den genannten Elementen des Rechtsstaatsprinzips im Grundgesetz aus, dann ist mit Blick auf die Bestimmungen der afghanischen Verfassung festzustellen, daß der afghanische Verfassungsgeber ebenso anstrebt, das gesamte Verfassungssystem grundsätzlich an Rechtstaatlichkeit zu orientieren.<sup>10</sup> Gleich in der Präambel, an zweiter und achter Stelle, deutet die programmatische Verankerung der Ungerechtigkeit als Merkmal der Verhältnisse in der afghanischen Staatsgeschichte und der Rechtstaatlichkeit als einem Zukunftsaspekt auf eine Grundsatzentscheidung im Leben des afghanischen Staates hin, welche einen Paradigmenwechsel zuungunsten einer ungerechten Geschichte enthält. Die Rechtstaatlichkeit wird als Basis einer neuen, an Gerechtigkeit<sup>11</sup> orientierten afghanischen Zivilgesellschaft hervorgehoben, welche von der im Laufe der Geschichte betriebenen staatlichen Unterdrückung, Willkür, Diskriminierung, Gewalt und Verletzung von Menschenwürde sowie Menschen- und Freiheitsrechten befreit werden muß. Derartige historische Bezüge als Rechtfertigung für die Entscheidung zugunsten der Errichtung eines Rechtsstaates in Verknüpfung mit der Anerkennung der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte<sup>12</sup> erinnern grundsätzlich an den politischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts, der den Rechtsstaat als einen Staat forderte, in dem Freiheit und Eigentum des Einzelnen Schutz durch Gesetze und Gerichte erfahren sollen.<sup>13</sup> Darüber hinaus ähnelt die Verbindung von Gerechtigkeit und Schaffung eines Rechtsstaates der materiellen Komponente des Rechtsstaatsprinzips nach Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, das die Erlangung und Erhaltung materieller Gerechtigkeit in den staatlichen und staatlich beeinflussbaren Bereichen als den konkreten Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips betont.<sup>14</sup>

Auffällig ist, daß der afghanische Verfassungsgeber in der Präambel die Rechtstaatlichkeit als die Basis für eine neuen afghanischen Zivilgesellschaft bezeichnet. Eine derartige Verknüpfung ist auf den ersten Blick im deutschen Grundgesetz nicht zu finden, weil die Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips mittels der Vorschriften des Grundgesetzes in den Bereichen Grundrechte, Entschädigung bei staatlichen Eingriffen, Gewaltenteilung, Vorrang der Verfassung und des Gesetzes, Vorbehalt des Gesetzes, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt, Gewährleistung des gesetzlichen Richters und des

---

<sup>8</sup> Allerdings wird der Grundsatz der Gewaltenteilung im GG je nach Quelle entweder selbständig analysiert oder mit in die Analyse des Rechtsstaatsprinzips einbezogen. Dazu s. z.B. Badura, Peter, *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 3., neubearbeitete Auflage, München, 2003, S. 312 ff.; Sachs, Michael, in: *K-GG/Sachs*, 4. Auflage, München, 2007, S. 790 ff.; Jarass, Hans D., in: *K-GG/Jarass – Piroth*, 8. Auflage, München, 2006, S. 454 ff. Letzterer ist der Auffassung, daß das Gewaltenteilungsprinzip aufgrund seines organisatorischen Charakters nicht als ein bloßer Unterfall des Rechtsstaatsprinzips behandelt werden darf, selbst wenn es weite Überschneidungen zwischen den beiden Prinzipien gibt. Dieser Auseinandersetzung über das Verhältnis von Rechtsstaats- und Gewaltenteilungsprinzip wird hier nicht nachgegangen. Die Gewaltenteilung wird als eine Komponente des Rechtsstaatsprinzips behandelt.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfGE 2, 380 (403). Neben diesen vom Bundesverfassungsgericht festgelegten Komponenten des Rechtsstaatsprinzips hängen andere Bestimmungen des Grundgesetzes mit diesem Prinzip zusammen. Dazu s. Sachs, Michael, 2007, S. 791 f.

<sup>10</sup> Vgl. Vergau, Hans-Joachim, 2004, S. 487; Rubin, Barnett R. u.a., „From Bonn to London: Governance Challenges and the Future of Statebuilding in Afghanistan“, in: *International Peacekeeping*, Vol. 14, 1/2007, S. 16 (8 – 25).

<sup>11</sup> Der Gerechtigkeitsbegriff wird hier im engeren Sinne nur in Bezug auf seine direkte Verbindung zum Rechtsstaatsprinzip in der afghanischen Verfassung behandelt, weshalb die soziale Gerechtigkeit nicht berücksichtigt wird. Die afghanische Verfassung sieht die soziale Gerechtigkeit als Gebot ausdrücklich in der Präambel und Art. 6 vor.

<sup>12</sup> Vgl. Präambel; Art. 7 Abs. 1 AV.

<sup>13</sup> Vgl. Badura, Peter, 2003, S. 311.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 52, 131 (144 f.).

rechtlichen Gehörs an allererster Stelle an den Staat und seine Gewalten adressiert ist.<sup>15</sup> Die Bindung der Gewalten in diesen Bereichen an das Rechtsstaatsprinzip steht das Recht der Bürgers und des Ausländers gegenüber, vom Schutz dieses Prinzips im Rahmen der Verfassung – Grundrechte –<sup>16</sup> und der Gesetze zu profitieren. Somit ist eine wechselseitige Dynamik zwischen der Pflicht des Staates und dem Recht der Individuen als Mitgliedern der Gesellschaft feststellbar. Mit der Bezeichnung der Rechtsstaatlichkeit als Basis der afghanischen Zivilgesellschaft wollte der afghanische Verfassungsgeber unter Umständen auf diese Dynamik hinweisen.

Darüber hinaus könnte die Verwendung des Begriffes „Zivilgesellschaft“ eine erweiterte Perspektive für eine zukünftige Gültigkeit des Rechtsstaatsprinzips garantieren,<sup>17</sup> die über ein bloßes System rechtstechnischen Schutzes des Verfassungs- und Gesetzesrahmen hinausgeht. Diese Perspektive könnte – im Vergleich mit dem sog. gesellschaftlich-politischen Umfeld als Rahmenbedingung für Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats in der deutschen Staatsrechtslehre –<sup>18</sup> auf ein zukünftiges verfassungsrechtliches Ziel hindeuten, welches sich auf Schaffung und Weiterentwicklung sog. kultureller Rechtsstaatsvoraussetzungen in der afghanischen Gesellschaft bezieht. Denn Voraussetzungen und Institutionen des Rechtsstaates können nur über Jahrzehnte, ja sogar über Jahrhunderte wachsen und sind auf Menschen angewiesen, die die politische Kultur des Rechtsstaates beleben sollen. Diese Menschen werden durch die Erhebung des Rechtsstaatsprinzips zur Basis der afghanischen Gesellschaft angesprochen und mit der Aufgabe betraut, in einer nun beginnenden Ära den afghanischen Staat unter der Überschrift „Rechtsstaat“ neu aufzubauen.

### III.

Betrachtet man den Grundsatz der Bindung von Staatsgewalten an die verfassungsmäßige Ordnung, Gesetz und Recht in Art. 20 Abs. 3 GG als den Grundstein im Aufbau des deutschen Rechtsstaates, dann wird schnell klar, daß der afghanischen Verfassung eine im direkten Vergleich stehende Bestimmung fehlt. Der afghanische Verfassungsgeber betont in Art. 5 AV nur die Durchführung der Bestimmungen der Verfassung und sonstiger Gesetze als eine der Grundpflichten des Staates.<sup>19</sup> Damit sind legislative, exekutive und judikative Gewalten des afghanischen Staats verpflichtet, die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Normen in der Verfassungs- und Rechtswirklichkeit umzusetzen. Angesichts der Erwähnung der Begriffe „Verfassung“ und „Gesetze“ nebeneinander könnte der Eindruck entstehen, daß der Verfassungsgeber darauf abzielt, zwischen den Normen beider Ebene auszugleichen. Damit würde ein Unterschied zum Vorrang der Verfassung als dem Hauptmerkmal jedes Verfassungsstaates im Allgemeinen festzustellen sein. Allerdings ist in diesem Zusammenhang die Hoheit der Verfassung in Art. 162 Abs. 2 AV explizit vorgesehen, in dem Gesetze und Gesetzeserlasse<sup>20</sup> für ungültig – im Sinne des deutschen Verfassungsrechts „nichtig“ –<sup>21</sup> erklärt werden, wenn sie den Bestimmungen der Verfassung widersprechen sollten.

---

<sup>15</sup> Vgl. Jarass, Hans D., 2006, S. 51 f., 457. Die Adressierung des Rechtsstaatsprinzips an die Staatsgewalten kann am deutlichsten durch die Bindung der Staatsgewalten an die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG festgestellt werden.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 51, 356 (362); 91, 335 (338 f.)

<sup>17</sup> Vgl. Poya, Abbas, „Perspektiven zivilgesellschaftlicher Strukturen in Afghanistan – ethnischer Neutralität, ethnische Parität und Frauenrechte in der Verfassung der Islamischen Republik Afghanistan“, in: *Orient*, Jg. 44, 3/2003, S. 367 f. (367 – 384).

<sup>18</sup> Vgl. Schulze-Fielitz, Helmuth, in: *K-GG/Dreier*, Band II, 2. Auflage, Tübingen, 2006, S. 183.

<sup>19</sup> Neben der Durchführung der Verfassungsvorschriften und der Gesetze gehören Verteidigung der Unabhängigkeit, der nationalen Souveränität und der territorialen Integrität sowie Gewähr der Sicherheit und der Verteidigungsfähigkeit des Landes zu den in Art. 5 AV vorgesehenen sog. Grundpflichten des Staates.

<sup>20</sup> Gesetzeserlasse sind gem. Art. 79 Abs. 1 AV Erlasse der Exekutive mit Gesetzeskraft.

<sup>21</sup> Vgl. Sachs, Michael, 2007, S. 796 ff.

Die Verankerung der Durchführungspflicht der Verfassung und sonstiger Gesetze auf gleichem Niveau in Art. 5 AV stellt formell zwar einen Gegensatz zur hierarchischen Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung in Art. 20 Abs. 3 GG dar. Beide könnten jedoch ähnliche Eigenart aufweisen, sollte von dem Prinzip ausgegangen werden, daß die Bindung an Gesetz und Recht seitens der exekutiven und judikativen Gewalt im Verfassungssystem des GG auch implizit die Bindung an die Verfassung beinhaltet.<sup>22</sup> Diese Vorstellung kann dadurch bestätigt werden, daß die Regierung als Exekutive<sup>23</sup> in Art. 75 Nr. 1 AV ausdrücklich verpflichtet wird, alle Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen umzusetzen sowie Gerichtsurteile zu vollziehen. Zudem haben die afghanischen Minister nach Art. 77 Abs. 1 AV ihre Aufgaben als Verwaltungsleiter ausschließlich innerhalb der Grenze der Verfassung und der Gesetze zu gestalten.<sup>24</sup> Außerdem sind Bestimmungen der Verfassung und der Gesetze nach Art. 130 Satz 1 AV von den Gerichten unmittelbar in den verschiedenen Verfahren anzuwenden.

Trotzdem ist nicht zu übersehen, daß die afghanische Verfassung im Rahmen der Verankerung der Grundzüge des staatlichen Systems anders als das deutsche Grundgesetz ausdrücklich weder das Wort „Bindung“ verwendet, noch auf eine Differenzierung zwischen den drei Gewalten im Rahmen einer eventuellen Bindung hinweist. Vielmehr beschränkt sich das Verfassungsgebot zur Durchführung auf die Bestimmungen der Verfassung und der Gesetze, die mit den drei Begriffen „verfassungsmäßige Ordnung“, „Gesetz und Recht“ im Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG<sup>25</sup> einen vergleichsweise kleineren Spielraum aufzuweisen hätten. Eine derartige Begrenzung könnte in Verknüpfung mit der Verankerung einer bloßen Durchführungspflicht ohne ausdrückliche Bindung dazu führen, daß der Umsetzungsprozeß dieser Pflicht rein rechtstechnisch jenseits vom Geist des Verfassungsstaats erfolgt. Damit könnte die oben hervorgehobene politische Kultur des Rechtsstaates in ihrer realen Umsetzungsperspektive nach unten herabgestuft werden.

Allerdings erweist sich dieses Ergebnis anhand eines genaueren Blickes auf weitere Verfassungsbestimmungen als nicht endgültig, da der Verfassungsgeber an mehreren versteckten Stellen auf die Respektierung des Geistes der Verfassung und des Rechtssystems als Verfassungsgebot – neben der Betonung der Verbindlichkeit der Verfassung für alle afghanischen Bürger –<sup>26</sup> hinweist. In diesem Zusammenhang können insbesondere Art. 76 Satz 2, 119 neben Art. 50 Abs. 2 AV betrachtet werden. Demnach soll die Regierungsarbeit zunächst nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen gestaltet werden. Außerdem ist ihre Arbeit zu einer gesetzwidrigen Handlung zu erklären, nicht nur, wenn sie dem Inhalt des Gesetzes, sondern vielmehr seinem Geist widersprechen sollte. Außerdem werden die Mitglieder des Obersten Gerichtshofes mit ihrem Amtsantrittseid dazu verpflichtet, „Recht und Gerechtigkeit“ gemäß u.a. dem Geist der Verfassung und der Gesetze zu wahren. Zudem wird der Staatspräsident als Inhaber des höchsten Amtes des Staates in Art. 64 Nr. 1 beauftragt, über die Anwendung der Verfassung zu wachen, nachdem er sich mit seinem Amtsantrittseid in Art. 63 dazu verpflichtete, die Verfassung und die Gesetze zu achten sowie ihre Umsetzung im Allgemeinen zu überwachen.<sup>27</sup> Er hat gem. Art. 60 Abs. 1 AV seine Aufgaben legislativer, exekutiver und judikativer Art nach Maßgabe der Verfassungsbestimmungen zu erfüllen.

---

<sup>22</sup> Vgl. Jarass, Hans D., 2006, S. 460.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 64 Nr. 2, 76 Satz 1 AV. Da die Regierung nach den Bestimmungen der afghanischen Verfassung ohne Ministerpräsidenten gebildet und nach Art. 71 Abs. 1 AV vom Staatspräsidenten geleitet werden muß, wird auf diese Konstellation mit dem Begriff „Exekutive“ in diesem Aufsatz hingewiesen.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 136 Abs. 2 AV. Demnach steht jeder Minister an der Spitze seiner ministeriellen Zentralverwaltung mit ihren verschiedenen Abteilungen.

<sup>25</sup> Vgl. Sachs, Michael, 2007, S. 796 ff., 799 ff.; Schachtschneider, Karl Albrecht, 2006, S. 118 ff.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 56 Abs. 1 AV.

<sup>27</sup> Die Achtung der Verfassung und sonstiger Gesetze Afghanistans ist auch als Pflicht im Amtsantrittseid jedes Ministers gem. Art. 74 AV vorgesehen.

Anhand dieser kurzgefaßten Auseinandersetzung mit verschiedenen Bestimmungen der afghanischen Verfassung ist zu schließen, daß das in Art. 20 Abs. 3 GG explizit verankerte Bindungsprinzip auch in der neuen Verfassungsgestaltung Afghanistans bis zum gewissen Grad aus einer Verknüpfung der Bestimmungen des Art. 5 mit den Art. 50 Abs. 2, 60 Abs. 1, 63, 64 Nr. 1, 74, 75 Nr. 1, 76 Satz 2, 77 Abs. 1, 119, 130 Satz 1, 136, 162 Abs. 2 AV abgeleitet werden kann.

#### IV.

Der letzten Annahme zufolge sollen – parallel zur deutschen Verfassungsgestaltung –<sup>28</sup> die Bestimmungen der afghanischen Verfassung über die Arbeit der drei Staatsgewalten herrschen, die Verwaltung gesetzmäßig gestaltet und die Rechtsprechung an den Geist der Verfassung und der Gesetze gebunden werden. Allerdings könnte sich eine grenzenlose Parallelisierung zur deutschen Rechtsstaatlichkeit aus verfassungstheoretischer Sicht als eine zu optimistische Auslegung der Bestimmungen der Afghanischen Verfassung erweisen. Denn nur die in Art. 50 Abs. 2, 76 Satz 2, 77 Abs. 1 AV für die Arbeit der Regierung und ihrer Minister (Exekutive und Verwaltung) getroffenen Regelungen sind bis zum gewissen Grad mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG<sup>29</sup> vergleichbar. Demgegenüber fehlt der afghanischen Verfassung ein expliziter und direkt gerichteter Aufruf zur absoluten Verbindlichkeit in Bezug auf Arbeit der Legislative, die zu diesem Zweck nur in den Art. 5, 162 AV und zudem indirekt angesprochen ist. Auch für die Arbeit des Staatspräsidenten fehlt – von seiner Position als Regierungschef sowie Art. 60 Abs. 1 einmal abgesehen – eine explizite Bindung an die Verfassung und auch an andere Gesetze. In diesem Zusammenhang spricht Art. 5 über nur eine Durchführungs-, Art. 64 über eine Überwachungs- und Art. 63 über eine Achtungspflicht, so daß in der Theorie von einer terminologischen Minderung im Rahmen der Bindung des Staatspräsidenten an die Rechtsstaatlichkeit ausgegangen werden kann.

In der Praxis könnten die erwähnten Bestimmungen der afghanischen Verfassung unter Umständen vollkommen ausreichen, um eine völlige Bindung für beide Staatsgewalten (Legislative und Staatspräsidenten) an Verfassung und Gesetze auch nach dem deutschen Muster zu garantieren. Problematisch bleibt hingegen – praktisch, aber auch theoretisch – die verfassungsrechtliche Gestaltung der afghanischen Rechtsprechung bezüglich der Gewährleistung der Rechtssicherheit im Vergleich mit der durch die deutsche Rechtsprechung nach den Bestimmungen des GG. Denn zu den Ausprägungen der Rechtssicherheit gehören – neben dem gerechten Rechtsfindungsverfahren und der Sicherung der Rechtsbeständigkeit des Abschlusses – insbesondere die Gebote der Rechtsklarheit und der ausreichenden Bestimmtheit aller Rechtsvorschriften.<sup>30</sup> In beiden Zusammenhängen weist das System der ~~Rechtsfindung nach Art. 130 Satz 2, 131 AV~~<sup>31</sup> eine deutliche Schwäche auf, welche durch die

<sup>28</sup> Vgl. Badura, Peter, 2003, S. 316 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Jarass, Hans D., 2006, S. 457 ff. Zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Grundgesetz gehören insbesondere die Gesetzesvorbehalte. Somit werden einige Bereiche im Grundgesetz ausschließlich durch Gesetze geregelt. Auch in der afghanischen Verfassung finden sich mehrere Bereiche, die ausschließlich dem Gesetzgeber vorbehalten sind, z.B. Regelung der Nutzung der natürlichen Ressourcen gem. Art. 9 Abs. 2. Zu einer gesetzmäßigen Verwaltung gehört auch im Sinne des Grundgesetzes, daß die Verwaltungsarbeit – die exekutive eingeschlossen – aufgrund gesetzlicher Grundlagen gestaltet werden soll. Mit anderen Worten soll das Gesetz Vorrang haben, so daß die Verwaltung daran gebunden ist. Aufgrund der Verknüpfung zwischen den oben – im Text – genannten drei Bestimmungen der afghanischen Verfassung besteht keinen Zweifel, daß der Verfassungsgeber eine Gestaltung der Verwaltungsarbeit aufgrund gesetzlicher Grundlagen anstrebt. So kann die Möglichkeit nach Art. 76 Abs. 1 AV, daß die Regierung in Abwesenheit der Pflicht zu gesetzlichen Regelungen ihre Politik frei entscheiden kann, nicht als Verstoß gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bewertet werden, nicht zuletzt weil eine vergleichbare Handlung der Regierung nach den Bestimmungen des Grundgesetzes in Abwesenheit eines Gesetzesvorbehaltes möglich ist. Dazu s. Badura, Peter, 2003, S. 321 f. Außerdem hat die afghanische Regierung nach Art. 76 Abs. 2 AV den Geist der Gesetze in allen Fällen stets zu achten. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art. 76 Abs. 1 AV s. Grote, Rainer, „Separation of Powers in the New Afghan Constitution“, in: *ZaöRV*, Vol. 64, 4/2004, S. 909. (897 – 915).

<sup>30</sup> Vgl. Antoni, Michael, in: *K-GG/Hömig – Seifert*, 8. Auflage, 2007, S. 239 f.

Art. 130 Satz 2, 131 AV<sup>31</sup> eine deutliche Schwäche auf, welche durch die Verpflichtung der Richter des Obersten Gerichtshofes zur Wahrung des Geistes der Verfassung und der Gesetze nicht ausgeglichen werden kann. Diese Schwäche ist aus verfassungspolitischen Sicht auf die traditionelle religiöse Prägung der afghanischen Gesellschaft zurückzuführen.<sup>32</sup>

Der afghanische Verfassungsgeber sieht in Art. 130 Satz 2 eine Klausel vor, die die Gerichte im Fall der indirekten Behandlung des Sachverhalts seitens der Verfassung oder sonstiger Gesetze zwingt, ein Urteil auszusprechen, welches der Lehre der hanafitischen Rechtsschule des Islams entsprechen muß. Gleichzeitig sollen in der Entscheidung die Grenze der Verfassung sowie auf bestmöglicher Weise die Gerechtigkeit garantiert sein. An dieser Kombination ist folgendes zu problematisieren:

- Es existiert keine einheitliche Lehre der hanafitischen Rechtsschule in Form eines einheitlichen Rechtskodex, wie im Rahmen des islamischen Rechts (Shari'a) im Allgemeinen,<sup>33</sup> auch wenn zahlreiche Sammlungen und Bücher dieser Lehre existieren.<sup>34</sup> Vielmehr tritt durchaus der Fall ein, daß eine Frage von verschiedenen Rechtsgelehrten der hanafitische Rechtsschule auf unterschiedliche Weise behandelt wird, so daß unter Umständen weder Einigkeit noch Klarheit bei der Beantwortung einer Frage besteht.
- Aufgrund des Wortlautes ist fraglich, ob der Verfassungsgeber mit dem Gerechtigkeitsbegriff oder mit dem Verweis auf die Grenze der Verfassung – an sich unklar – eine Begrenzung des Zugriffes auf die hanafitische Rechtsschule anstrebt, wenn diese Lehre den Maßstäben eines zeitlich modernen Gerechtigkeitskonzepts widerspricht oder die Verfassungsgrenzen von ihr nicht eingehalten werden.

So kann aufgrund der Verankerung dieser drei Ebenen nebeneinander ohne erkennbare Systematisierung festgestellt werden, daß weder eine Rechtsklarheit noch eine Bestimmtheit der Rechtsordnung noch eine sichere Rechtsbeständigkeit eines Beschlusses besteht. Die selben Bedenken gelten auch für den Verweis auf den sog. „Schia-Rechtskodex“ in Art. 131 Abs. 1 AV, wenn es darum geht, im Bereich des Personenstandsrecht der schiitischen Gläubigen ein Urteil auszusprechen. Auch bei den Schiiten existiert - wie bei den sunnitischen Hanafiten - und anderen islamischen Rechtsschulen kein einheitlicher festgeschriebener Rechtskodex; in ein und der selben Frage können die Rechtsmeinungen auch hier differieren. Darüber hinaus wird hier verfassungsrechtlich gerechtfertigt, daß eine personenstandsrechtliche Fragestellung gerichtlich unterschiedlich je nach Rechtsschulenzugehörigkeit – zur hanafitischen oder schiitischen Rechtsschule – gelöst werden.

Obwohl diese Unterscheidung bei der Behandlung des Individuums im Rahmen des Personalstatuts nach Konfessionen in islamisch geprägten Ländern üblich ist,<sup>35</sup> sollte sie aus der Sicht der Rechtsstaatlichkeit des GG, aber auch der die Gründung einer gerechten zivilen Gesellschaft anstrebenden afghanischen Verfassung sehr kritisch betrachtet werden. Noch kritischer

---

<sup>31</sup> Zur ausführlichen Erklärung beider Artikel s. Kamali, Mohammad Hashim, „Islam and its Shari'a in the Afghan Constitution 2004 with Special Reference to Personal Law“, in: *The Shari'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt – Implications for Private Law*, Nadjma Yassari (editor), Tübingen, 2005, S. 30 ff. (23 – 43).

<sup>32</sup> Vgl. Rippenburg, Carol J., „Post-Taliban Afghanistan: Changed Outlook for Women?“, in: *Asian Survey*, Vol. 44, 3/2004, S. 409 ff. (401 – 421). Neben der konfessionellen Problematik der Rechtsfindung darf die Problematik der traditionellen afghanischen Gerichtsbarkeit im Hinblick auf die Menschenrechte – insbesondere in den Peripherien – nicht unterschätzt werden. Dazu s. Wardak, Ali, „Building a Post-War Justice System in Afghanistan“, in: *Crime, Law & Social Change*, Vol. 41, 4/2004, S. 320, 326 ff., 332 ff. (319 – 341).

<sup>33</sup> Vgl. Gerber, Gerlinde, 2007, S. 127 f.; Mahmoudi, Said, „The Shari'a in the New Afghan Constitution: Contradiction or Compliment?“, in: *ZaöRV*, Vol. 64, 4/2004, S. 867 ff. (867 – 880).

<sup>34</sup> Vgl. Wardak, Ali, 2004, S. 324, 332 f.

<sup>35</sup> Ein Beispiel dafür stellt Art. 41 der irakischen Verfassung vom 15.10.2005 dar. Demnach sind alle Iraker frei, ihr Personalstatut gemäß ihrer Religion, Konfession oder ihrem Glauben usw. zu wählen.

ist zudem die Ausdehnung der nach Rechtsschulen differenzierenden Behandlung gem. Art. 131 Abs. 2 AV auf Materien außerhalb des Personenstandrechtes. Demnach haben die Gerichte in durch die Verfassung oder die Gesetze nicht geregelten Sachverhalten die schiitischen Glaubensgrundsätze anzuwenden. Auf den ersten Blick bleibt völlig unklar, worauf sich der Begriff „sonstige“ genau bezieht und wie ein derartiger Rechtsfindungsprozeß zu gestalten ist, zumal in Art. 130 Satz 2 AV die hanafitische Rechtsschule zur allgemeinen Quelle der Entscheidungen in den nicht verfassungsrechtlich oder gesetzlich geregelten Materien erklärt wird. Unter Umständen könnte der Verfassungsgeber mit den „sonstigen Rechtsstreitigkeiten“ diejenige juristische Konflikte meinen, die nicht unmittelbar mit dem Personalstatut der Schiiten zusammenhängen, sondern auf die eine oder die andere Weise auf diesem beruhen.

## V.

Mit dem Verweis auf die Lehre der beiden islamischen Rechtsschulen als Grundlage der Gerichtsarbeit in entsprechenden Fällen hat der Verfassungsgeber der Betonung des islamischen Charakters des Staates an mehreren Stellen in der Verfassung<sup>36</sup> Rechnung getragen.<sup>37</sup> In diesem Sinne müßte die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips insbesondere bezüglich seines gerechten Charakters zum Teil auf den sog. Glaubensgrundsätzen des Islam und damit auf dem Konzept der Schari'a basieren.<sup>38</sup> Im selben Sinne unterstehen die Richter des Obersten Gerichtshofes bei der Wahrung von Recht und Gerechtigkeit gem. ihres Amtseides nach Art. 119 AV nicht nur dem Geist der Verfassung und der Gesetze, sondern auch „den Bestimmungen der heiligen Religion des Islam“ in ihrem Charakter als Rechtssystem.<sup>39</sup> Somit werden die Rechte der afghanischen Bürger auf bestimmten Gebieten durch die Staatsgewalten, insbesondere der Rechtsprechung, mittels religiöser Vorschriften definiert. Mit anderen Worten ist die staatliche Handlung in manchen die Rechte des Individuums betreffenden Sachverhalten nicht nur an die Achtung der in der Verfassung vorgesehenen Grundrechte gebunden, sondern auch an ihre Gestaltung durch die Religion. Darüber hinaus ist die Bindung an die religiösen Vorschriften dadurch gestärkt, daß dem Gesetzgeber gem. Art. 3 AV untersagt wird, ein Gesetz zu erlassen, welches den „Bestimmungen der heiligen Religion des Islam“ in ihrem allgemeinen Konzept widerspricht.<sup>40</sup> Demgegenüber fehlt der afghanischen Verfassung eine Bestimmung, die nach dem Muster des Art. 1 Abs. 3 GG die Staatsgewalten an die Grundrechte als „unmittelbares geltendes Recht“ bindet.

Allerdings könnte sich die Bindung an die Grundrechte von der Bindung an die Verfassung einschließlich ihrer Grundrechtecharta als Gebot für die Staatsgewalten im Allgemeinen ableiten.<sup>41</sup> Außerdem ist in der Verfassung mehrfach betont, daß der Staat an die Achtung und Sicherung der Menschenrechte im völkerrechtlichen Sinne sowie der Freiheit und der Menschenwürde im Allgemeinen verpflichtet ist,<sup>42</sup> zumal der Schutz dieser Rechte im weitesten Sinne des Wortes als Grund für die Verabschiedung der Verfassung selbst in der Präambel hervorgehoben ist. Trotzdem bedeutet das Fehlen eines direkten Hinweises über die unmittel-

---

<sup>36</sup> Vgl. Gerber, Gerlinde, 2007, S. 99 ff.; Pfaff, Victor, „Afghanistan im Umbruch: Zwischen Sharia und säkularem Recht – Anmerkungen zur afghanischen Verfassung von 2004“, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Jg. 25, 12/2005, S. 394 f. (393 – 432); Präambel; Art. 1, 2 Abs. 1, 3, 17, 18 Abs. 1 & 2, 19 Abs. 2, 20, 45, 54 Abs. 2, 62 Abs. 1 Nr. 1 & 3, 63, 74, 118 Nr. 3 & 4, 119, 149 Abs. 1 AV.

<sup>37</sup> Vgl. Mahmoudi, Said, 2004, S. 869 ff.; Rubin, Barnett R. u.a., 2007, S. 19 f.; Kamali, Mohammad Hashim, 2005, S. 24 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Wardak, Ali, 2004, S. 323 ff.

<sup>39</sup> Vgl. Armytage, Livingston, „Justice in Afghanistan: Rebuilding Judicial Competence After the Generation of War“, in: *ZaöRV*, Vol. 67, 1/2007, S. 194 (185 – 210).

<sup>40</sup> Vgl. Rippenburg, Carol J., 2004, S. 405; Baraki, Matin, „Probleme mit dem Nation-Building in Afghanistan: Bericht über die verfassungsgebende Loya Jirga“, in: *Internationales Asienforum*, Vol. 35, 1-2/2004, S. 13 (7 – 17).

<sup>41</sup> Vgl. Saboory, Mohammad Hamid, „The Progress of Constitutionalism in Afghanistan“, in: *The Shari'a in the Constitutions of Afghanistan, Iran and Egypt / Yassari*, 2005, S. 20 (5 – 22).

<sup>42</sup> Vgl. Präambel; Art. 6, 7 Abs. 1, 24 Abs. 2 Satz 2, 57 Satz 1, 58 AV. Eine explizite Bindung an die Rechte des Einzelnen ist ausschließlich in Art. 57 Satz 1 bezüglich der Rechte von ausländischen Staatsbürgern und Art. 63, 74 im Rahmen des Amtseides des Staatspräsidenten und der Minister vorgesehen.

bare Geltung der Grundrechte – oder der Menschenrechte – eine Lücke im Aufbau des afghanischen Rechtsstaates. Dies ist nicht nur im Vergleich mit Art. 1 Abs. 3 GG festzustellen, sondern vielmehr, weil die Gestaltung der Grundrechte durch die Beachtung der sog. Grundsätze des Islam erfolgen sollte. In dieser Konstellation herrscht zum einen aufgrund von nicht abgrenzbaren Begriffen – z.B. „Bestimmungen der heiligen Religion des Islam“<sup>43</sup> – Rechtsunklarheit und –unbestimmtheit,<sup>44</sup> wie etwa in Bezug auf Art. 130, 131 AV;<sup>45</sup> zum anderen besteht ein Widerspruch, der z.B. im Rahmen der Gewährleistung der Meinungsfreiheit nach Art. 34 Abs. 1 AV nur gelöst werden kann, wenn in der Rechtspraxis zugunsten dieser Freiheit und nicht der Religion (was allerdings zumeist geschieht) entschieden werden sollte.<sup>46</sup>

An die fehlende Verankerung einer unmittelbaren Dynamik zugunsten der Grundrechte in der afghanischen Verfassung schließt sich das Fehlen einer expliziten Möglichkeit auf Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung von Grundrechten – im Gegensatz zum Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG – an. Darüber hinaus ist im Wortlaut der afghanischen Verfassung eine Öffnung des Rechtsweges im Fall der Verletzung von Rechten des Einzelnen im Sinne des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG<sup>47</sup> nicht zu finden. Der Verfassungsgeber hat offensichtlich die hinter einer ausdrücklichen Öffnung des Rechtsweges stehenden Garantien<sup>48</sup> der tatsächlich wirksamen gerichtlichen Kontrolle, des Zugangs zu den Gerichten ohne Erschwernisse, des Anspruchs auf vollständige Nachprüfung der gerichtlichen Entscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch die höheren Instanzen und der Verfügbarkeit über hinreichende Prüfungsbefugnisse seitens der Gerichte ignoriert. Die Verfassung versucht diese Lücke im Aufbau des afghanischen Rechtsstaates durch die Betonung des Rechts auf Entschädigung nach dessen Verletzung vermittels eines Verwaltungsaktes zu schließen.<sup>49</sup> Die Anerkennung dieses Rechts ist zwar mit der „Institutionsgarantie der Staatshaftung“<sup>50</sup> gem. Art. 34 GG vergleichbar, kann aber auf die erwähnten Garantien eines allgemeinen, uneingeschränkt geöffneten Rechtsweges im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht hindeuten. Außerdem bezieht sich der Anspruch auf Entschädigung wegen der Verletzung von Rechten gem. Art. 51 Abs. 1 AV ausdrücklich darauf, daß der Angriff aus einem Akt der Verwaltung - nicht aber der vollziehenden Gewalt - hervorgeht. Dies stellt auch einen Gegensatz zum Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG dar, in dem von einer „Öffentlichen Gewalt“ im Sinne von Verwaltung und Exekutive<sup>51</sup> gesprochen wird.

Die afghanische Verfassung überträgt in Art. 58 Abs. 1 die Überwachung, Verbesserung und Unterstützung von Menschenrechten einer unabhängigen Menschenrechtskommission.<sup>52</sup> Ihr können Beschwerden wegen Menschenrechtsverletzung nach Abs. 2 vorgelegt werden. Nach

---

<sup>43</sup> Vgl. Art. 3 AV.

<sup>44</sup> Vgl. Mahmoudi, Said, 2004, S. 873 ff.

<sup>45</sup> s. dazu oben IV.

<sup>46</sup> Vgl. Pfaff, Victor, 2005, S. 396; Mahmoudi, Said, 2004, S. 880. Ein anderes Beispiel für die Rechtsunklarheit und den Widerspruch bezüglich des Verweises auf die islamische Rechtsgrundlage liegt im Hinblick auf die in Art. 22 Abs. 2 AV verankerte absolute Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen vor, genauer im Bezug auf die Position der Frau im Rechtssystem im allgemeinen und insbesondere im Familienrecht sowie im Strafrecht. Dazu s. Rippenburg, Carol J., 2004, S. 411 f.; Gerber, Gerlinde, 2007, S. 128 f.; Azarbaijani-Moghaddam, Sippi, „On Living with Negative Peace and a Half-Built State: Gender and Human Rights“, in: *International Peacekeeping*, Vol. 14, 1/2007, S. 137 f. (127 – 142); Poya, Abbas, 2003, S. 380 ff.

<sup>47</sup> Die fehlende ausdrückliche Öffnung des Rechtsweges ist auch anhand des Fehlens von Bestimmungen festzustellen, die beispielsweise mit den Art. 14 Abs. 3 Satz 4, 34 Satz 3 GG vergleichbar sind.

<sup>48</sup> Vgl. Antoni, Michael, 2007, S. 231 f.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 51 Abs. 1 AV.

<sup>50</sup> Vgl. Antoni, Michael, 2007, S. 306.

<sup>51</sup> Vgl. Jarass, Hans D., 2006, S. 431.

<sup>52</sup> Vgl. Azarbaijani-Moghaddam, Sippi, 2007, S. 130, 132 ff.; Gassman, Patricia, „Truth, Justice and Stability in Afghanistan“, in: *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, Naomi Roht-Arriaza u.a. (editors), Cambridge, 2006, S. 268 ff. (255 – 277).

Art. 58 Abs. 3 AV entscheidet sie allein darüber, welche Fälle von Menschenrechtsverletzungen an die Justizbehörden weitergeleitet werden sollen. Dies ist auf der einen Seite als ein positives Signal zu betrachten, weil ein von den Staatsgewalten unabhängiges Organ die Prüfung von Menschenrechtsverletzungen als Aufgabe zu übernehmen hat. Auf der anderen Seite könnte der daraus entstehende mittelbare Schutz von Grundrechten auf eine weitere Schwächung des Rechtsstaatsprinzips hindeuten, nicht zuletzt weil sich die Justiz nicht direkt aufgrund einer Beschwerde, sondern erst nach der Weiterleitung des Falles von der Kommission einschalten darf. Ein solche Schlußfolgerung könnte weiter gestärkt werden, indem sie mit dem oben erwähnten Fehlen der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte, der Möglichkeit auf eine Verfassungsbeschwerde und des nicht explizit geöffneten Rechtsweges verknüpft wird.

Die letzte Annahme könnte eventuell als übertrieben gelten, wenn man an die Betonung der Schutzpflicht von Grund- und Menschenrechten an mehreren Stellen in der Verfassung denkt. Dazu gehört – neben den oben erwähnten Bestimmungen – insbesondere der Schutz des Eigentums gem. Art. 40 AV, in dem der afghanische Verfassungsgeber im Sinne des Art. 14 GG die Unverletzlichkeit des privaten Eigentums betont. Darüber hinaus sieht Art. 40 AV keine ausdrückliche Pflicht im Sinne des Art. 14 Abs. 2 GG vor, den Gebrauch von Eigentum zugleich in den Dienst des Allgemeinwohls zu stellen oder sozial gerichtet zu gestalten.<sup>53</sup> Zudem hat der afghanische Staat nach Art. 40 Abs. 3 AV – anders als der deutsche – eine gerichtliche Entscheidung einzuholen,<sup>54</sup> um jemanden zu enteignen, obwohl die Voraussetzungen zu einer Enteignung nach Art. 40 Abs. 4 AV und Art. 14 Abs. 3 GG bis zum gewissen Grad ähnlich sind.<sup>55</sup> Darüber hinaus stärkt der afghanische Verfassungsgeber die Position der Judikative und damit die rechtsstaatliche Gestaltung Afghanistans weiter, in dem er in Art. 51 Abs. 2 AV eine Pflicht vorsieht, daß der Staat zum Einholen von gerichtlichen Entscheidungen gezwungen ist, um seine nicht gesetzlich geregelten Rechte in Anspruch zu nehmen.

Dieser Stärkung der rechtsstaatlichen Gestaltung schließt der Versuch des Verfassungsgebers an, gerichtlichen Verfahren, insbesondere strafrechtlichen, durch verschiedene Bestimmungen nach dem Muster der Art. 103, 104 GG einen ausgedehnten rechtsstaatlichen Rahmen zu gewährleisten.<sup>56</sup> Trotzdem ist auffällig, daß eine Formulierung über die unmittelbare Geltung der Grundrechte für die Judikative in der afghanischen Verfassung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG – zumindest theoretisch – fehlt, weil die sog. prozessualen grundrechtsähnlichen bzw. grundrechtsgleichen Rechte im GG durch die explizite Bindung der Judikative an die Grundrechte zur Geltung kommen.<sup>57</sup> In der Praxis kann die Bindung der afghanischen Judikative an die prozessualen Grundsätze in der afghanischen Verfassung insbesondere durch die Pflicht zur unmittelbaren Durchführung und Anwendung der Verfassungsbestimmungen seitens der Gerichte gem. Art. 5, 130 Satz 1 begründet werden.

Abschließend ist dem afghanischen Verfassungsgeber bezüglich der Grundrechte generell zu bescheinigen, weil Änderungen der in der Verfassung verankerten Grundrechtscharta gem. Art. 149 Abs. 2 AV nur zulässig sind, wenn dadurch die Grundrechte verbessert werden. Eine

---

<sup>53</sup> Vgl. BverGE 70, 191 (200 f.); 102, 1 (18).

<sup>54</sup> Der Grundgesetzgeber hat sich gem. Art. 14 Abs. 3 Satz 4 im Fall der Enteignung für eine gerichtliche Prüfung der Höhe der Entschädigung entschieden. Diese Prüfung soll nach oder parallel zum Enteignungsprozeß stattfinden. Demgegenüber betont die afghanische Verfassung zwar die Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung für die Richtigkeit der Enteignung, eröffnet jedoch ausdrücklich keinen Rechtsweg für die Prüfung der Entschädigung nach Durchführung der Enteignung.

<sup>55</sup> Die in den beiden Artikeln verankerten Voraussetzungen zur Enteignung gelten generell und abgesehen von einigen Besonderheiten der jeweiligen Bestimmungen: a) Wohl der Allgemeinheit; b) gesetzliche Grundlage; c) gerechte Entschädigung.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 24 Abs. 1, 25, 26, 27, 29 Abs. 2, 30, 31, 32, 49 Abs. 1 AV; Tellenbach, Silvia, „Fair Trial Guarantees in Criminal Proceedings Under Islamic, Afghan Constitutional and International Law“, in: *ZaöRV*, Vol. 64, 4/2004, S. 940 f. (929 – 941).

<sup>57</sup> Vgl. Höfling, Wolfram, in: *K-GG/Sachs*, 2007, S. 108.

solche bedingte Abänderbarkeit ist hingegen gem. Art. 149 Abs. 1 AV auf die Verbindlichkeit der Grundsätze des Islam und der staatlichen Ordnung der Islamischen Republik Afghanistans ausgedehnt. Diese dürfen auf keinem Fall und unter keinem Zweck geändert werden. So erinnert diese Kombination – abgesehen von den oben angesprochenen Bedenken – im Hinblick auf die Abänderbarkeit der Grundrechte und der Grundzüge der staatlichen Ordnung an Art. 79 Abs. 3 GG. Letzterer stellt jedoch im System des Grundgesetzes keinen Sitz des Rechtsstaatsprinzips dar, welches hauptsächlich aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG hervorgeht. Die Erwähnung beider Bestimmungen in Art. 79 Abs. 3 GG könnte als Klarstellung eingeordnet werden.<sup>58</sup> Hingegen könnte die bedingte Abänderbarkeit der Grundrechte – trotz des Darstellungscharakters des Art. 149 Abs. 1 & 2 AV – eine Rolle im Aufbau des Rechtsstaatsprinzips in der afghanischen Verfassung spielen, nicht zuletzt weil dadurch eine Richtungsanweisung für eine eventuelle Änderung in diesem Bereich festgelegt ist. Damit ist nicht nur ein Verbot, wie in Art. 149 Abs. 1 AV und Art. 79 Abs. 3 GG, sondern vielmehr ein implizites Gebot für die Staatsgewalten zur ständigen Verbesserung der Grundrechte festzustellen. Dieses Gebot könnte ein Teil der neuen rechtsstaatlichen Gestaltung Afghanistans sein.

## VI.

Ein anderes Kernstück der rechtsstaatlichen Verfassungsgestaltung soll weiterhin das Gewaltenteilungsprinzip sein, welches als Ausdruck der neuzeitlichen Verfassungsgebung – rund um die französische Revolution – darauf abzielt, staatliche Herrschaft an fundamentale Grundsätze des Rechts zu binden, den Mißbrauch politischer Macht zu verhindern und die Freiheit zu sichern.<sup>59</sup> Im deutschen Grundgesetz ist die sog. klassische Gewaltenteilung dadurch verwirklicht, daß eine materielle Funktionentrennung vorgesehen ist. Diese wird mittels einer Zuweisung der Staatsfunktionen an bestimmte Organe der Legislative, Exekutive und Judikative festgestellt, nicht nur gem. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, sondern auch u.a. dadurch, daß die drei Staatsgewalten in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG ausdrücklich genannt werden und jeder von ihnen ein Abschnitt im Grundgesetz (VII, VIII und IX) gewidmet ist.<sup>60</sup>

In der afghanischen Verfassung steht außer Frage, daß die drei klassischen Staatsgewalten vorgesehen und mit bestimmten Funktionen ausgestattet sind.<sup>61</sup> Ein Gewaltenteilungsprinzip ist jedoch explizit nicht verankert. Dabei ist im engeren Sinne kein Unterschied zum deutschen Grundgesetz festzustellen, in dem dieses Prinzip auch nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Allerdings verleiht Art. 60 Abs. 1 AV dem Staatspräsidenten als Chef der Exekutive nach Art. 64 Nr. 2, 71 und Oberbefehlshaber der Streitkräfte nach Art. 64 Nr. 3 eine dominante Position im staatlichen System Afghanistans, indem ihm als Staatsoberhaupt legislative, exekutive und judikative Aufgaben zugeschrieben sind.<sup>62</sup> Diese Dominanz ist anhand anderer Beispiele aus den Verfassungsbestimmungen deutlich erkennbar,<sup>63</sup> so daß der afghanische Staat mit einem sehr ausgeprägten Präsidentschaftssystem im Gegensatz zum parlamentarischen System des Grundgesetzes ausgestattet ist.<sup>64</sup> Hier könnte der Eindruck entstehen, daß der afghanische Verfassungsgeber die klassische Gewaltenteilung zugunsten einer völligen Verantwortung des Staatspräsidenten über das Wohl des Staates und des Volkes in allen Bereichen der staatlichen Aufgaben geopfert hat.<sup>65</sup>

<sup>58</sup> Vgl. Kunig, Philip, 1985, S. 77 f.

<sup>59</sup> Vgl. Badura, Peter, 2003, S. 312 ff.

<sup>60</sup> Vgl. Sachs, Michael, 2007, S. 793.

<sup>61</sup> Vgl. Kapitel 3, 4, 5, 7, 8 AV.

<sup>62</sup> Vgl. Grote, Rainer, 2004, S. 904 ff.

<sup>63</sup> Z.B. Befugnisse des Staatspräsidenten nach Art. 64 AV Nr. 1 & 5 & 7 & 13, sein Recht auf Volksbefragung nach Art. 65 Abs. 1, die Beschränkung des Rechtes des Parlamentes darauf, ihn nur bei kriminellen Tatbeständen zur Verantwortung zu ziehen nach Art. 69 Abs. 2 & 3, sein Recht gem. Art. 144 auf Übertragung einiger Befugnisse des Parlaments an die Regierung während des Ausnahmezustands.

<sup>64</sup> Vgl. Vergau, Hans-Joachim, 2004, S. 482; Gerber, Gerlinde, 2007, S. 91 ff.

<sup>65</sup> Vgl. Grote, Rainer, 2004, S. 905.

Daß die Etablierung eines Präsidenschaftssystems in Afghanistan mit einem im Vergleich zu anderen Präsidenschaftssystemen ungewöhnlich starken Präsidenten notwendig für die Existenz des Landes gewesen ist, stellt verfassungspolitisch aufgrund des Mangels an politischen Parteien, der Macht der Kriegsherren, der Drogenkriminalität und der allgemeinen Sicherheitslage<sup>66</sup> ein nachvollziehbares Argument dar.<sup>67</sup> Dies bedeutet allerdings nicht, daß die verfassungsrechtliche Existenz der Legislative mit ihren beiden Kammern rein formell ist. Laut der Verfassung haben beide Kammer der Legislative zwei Aufgaben zu erfüllen: Erlaß von Gesetzen nach Art. 81 Abs. 1, 90 Abs. 1 AV und Kontrolle der Exekutive in mehreren Angelegenheiten.<sup>68</sup> Trotzdem ist festzuhalten, daß die Exekutive – neben der dominanten Position und dem Vetorecht des Präsidenten gegenüber den erlassenen Gesetzen nach Art. 94 Abs. 2 – gem. Art. 79 AV während der Sitzungspausen des Parlamentes an seiner statt in Ausnahmefällen Erlasse mit Gesetzeskraft verabschieden darf. Allein die Exekutive entscheidet, wann ein solcher Ausnahmefall eintritt, welcher den Gesetzeserlaß notwendig macht.<sup>69</sup> Derartige Gesetzeserlasse bleiben als in Kraft getretene Gesetze gültig, es sei denn, sie werden von beiden Kammern des Parlamentes abgelehnt.

Obgleich diese Macht der Exekutive und seines Chefs durch die Direktwahl des Staatspräsidenten durch das Volk verfassungsrechtlich und –politisch begründet werden könnte, sind im Hinblick auf seine Befugnisse in einigen Bereichen Bedenken in Bezug auf die Gewaltenteilung als Bestandteil des Rechtsstaates anzumelden. Dazu zählt insbesondere, daß das Recht auf Ersuchen des Obersten Gerichtshofs zum Zweck der Prüfung von Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, der Gesetzeserlasse, der internationalen Verträge und Konventionen nur auf die Regierung und die Gerichte beschränkt ist.<sup>70</sup> Mit anderen Worten ist allen parlamentarischen Kräften in beiden Häusern, insbesondere aber den Kräften, die die Regierung nicht unterstützen, untersagt, die Verfassungsmäßigkeit der verabschiedeten Gesetze oder der gesetzesähnlichen Akte prüfen zu lassen.<sup>71</sup> Dies stellt nicht nur einen Gegensatz zur Art und Weise der Behandlung solcher Fragen durch das deutschen Bundesverfassungsgericht gem. Art. 93 GG dar, sondern vielmehr eine Sinnentleerung des Gewaltenteilungsprinzips. Denn die Prüfung der verfassungswidrigen Akte des Präsidenten durch den Obersten Gerichtshof – vom Fall der Erhebung eines Ersuchens durch ein Gericht einmal abgesehen – hängt überwiegend mit seinem Willen als Regierungschef zusammen. Somit geht die in Art. 116 Abs. 1 AV explizit vorgesehene Unabhängigkeit der Justiz mit dem Obersten Gerichtshof an ihrer Spitze gem. Abs. 2 im Staatssystem Afghanistans verloren.

Mit der Anerkennung des allgemeinen Rechtes der Exekutive auf Gesetzeserlasse und alleiniges Ersuchen des Obersten Gerichtshofes – neben dem Vetorecht des Präsidenten gegen die Gesetze – kommen die legislativen und judikativen Befugnisse des Präsidenten in Art. 60 Abs. 1 AV konkret zum Tragen. Daraus ist zu folgern, daß die Rolle des Parlaments gegenüber der Exekutive mehr im Bereich der Kontrolle zu liegen hat.<sup>72</sup> Diese Kontrollrolle der Legislative prägt in Verknüpfung mit den erweiterten Befugnissen der Exekutive den Gesamtcharakter der rechtsstaatlichen Gestaltung des Gewaltenteilungsprinzips in der afghanischen Verfassung. Somit wirkt die Teilung der Aufgaben der Staatsgewalten Afghanistans

---

<sup>66</sup> Vgl. Vergau, Hans-Joachim, 2004, S. 481.

<sup>67</sup> Vgl. Rubin, Barnett R., „Crafting a Constitution for Afghanistan“, in: *Journal of Democracy*, Vol. 15, 3/2004, S. 11 ff. (5 – 19).

<sup>68</sup> Die Kontrolle erfolgt in den Fällen, in denen der Präsident – oder die Regierung – verpflichtet ist, die Zustimmung des Parlaments einzuholen, z.B. im Fall der Verhängung und Verlängerung des Ausnahmezustandes nach Art. 143 AV.

<sup>69</sup> Vgl. Grote, Rainer, 2004, S. 909 f.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 121 AV.

<sup>71</sup> Vgl. Grote, Rainer, 2004, S. 911.

<sup>72</sup> Vgl. Vergau, Hans-Joachim, 2004, S. 481.

zugunsten einer aktiven Rolle der Exekutive und seines Chefs gegenüber einer sehr passiven, aber zumindest existenten Rolle des Parlaments.

## VII.

Als Fazit ist parallel zur am Anfang der Untersuchung aufgeführten Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts über das Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz grundsätzlich zu bejahen, daß durch die Bindung der Staatsgewalten an Verfassung und Gesetze sowie an die Grund- und Menschenrechte ein Mittel der juristischen Gegenwehr des Bürgers gegen die Staatsgewalt im Fall der Verletzung seiner Rechte sowie ein Gesamtkonzept der Rechtssicherheit und Gewaltenteilung als Elemente der Rechtsstaatlichkeit in der afghanischen Verfassung vorgesehen sind. Aus materieller Perspektive hingegen sind im Vergleich zum Rechtsstaatsprinzip im deutschen Grundgesetz folgende Kritikpunkte festzustellen:

- a) Herabgestufte Terminologie im Rahmen der Verbindlichkeit von Verfassung und Gesetzen;
- b) Relativierung des Gewaltenteilungsprinzips zugunsten der Exekutive;
- c) Religiöse und traditionelle Gestaltung der Grundrechte, des Rechtssicherheitskonzeptes und damit des Gerechtigkeitsgrundsatzes.

Obgleich die verfassungsrechtliche Integration des islamischen Rechtskonzeptes in das System der Rechtsfindung insbesondere durch die Rechtsprechung bezüglich der drei oben genannten Komponenten dieses System weit von der konzeptionellen Rechtsstaatlichkeit des deutschen Grundgesetzes wegsteuert, vertreten einige Autoren die Meinung, daß es notwendig gewesen sei, in Afghanistan ein vieldimensionales Justizsystem zu errichten, welches religiöse Aspekte und traditionelle Werte neben geschriebenen Normen und internationalen Prinzipien der Menschenrechte integriere, nicht zuletzt weil die rechtsstaatliche Wandlung in einem langsamen Prozeß parallel zu den Schritten der Demokratisierung und der Staatsbildung voranschreiten soll. Außerdem sei eine Aktion am Ende als gerecht zu beschreiben, wenn die Menschen diese als gerecht empfänden; die Menschen in Afghanistan würden mit ihrer Gerechtigkeitswahrnehmung an die Religion anknüpfen.<sup>73</sup>

Diese Auffassung mag aus verfassungspolitischer Sicht aufgrund der herrschenden Umstände im Lande völlig gerechtfertigt sein.<sup>74</sup> Aus verfassungsrechtlicher Sicht hingegen verbleibt der Bezug auf das islamische Recht ohne Verankerung einer expliziten Klausel zur Abwägung zugunsten der Grundrechte im Widerspruchsfall als eine Lücke im rechtsstaatlichen Aufbau Afghanistans, so daß von einer konzeptionellen Begrenzung des gesamten Rechtsstaatsprinzips ausgegangen werden kann. Ein derart eingeschränktes Konzept des afghanischen Rechtsstaates stellt aufgrund der internationalen Priorität des Schutzes der Grundrechte als unantastbarem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die gesamte rechtsstaatliche Gestaltung Afghanistans in Frage. Dieser Zweifel hätte weiterhin Bestand, selbst wenn sich durch Interpretation der Verfassungsbestimmungen seitens des Obersten Gerichtshofes in Zukunft ein Abwägungsmechanismus zugunsten der Grundrechte entwickeln sollte. Denn es existiert keine Verfassungsgarantie für die Kontinuität einer solchen Interpretationsart. Es erscheint - zumindest in absehbarer Zeit - unwahrscheinlich, daß afghanische Gerichte aufgrund der vorherrschenden traditionellen religiösen Überzeugungen, insbesondere im Justizapparat,<sup>75</sup> von einer Interpretationsmöglichkeit zugunsten der Grundrechte überhaupt Gebrauch machen.

---

<sup>73</sup> Vgl. Wardak, Ali, 2004, S. 333, 335 ff.

<sup>74</sup> Vgl. Mahmoudi, Said, 2004, S. 879.

<sup>75</sup> Vgl. Rubin, Barnett R. u.a., 2007, S. 16 f.; Wardak, Ali, 2004, S. 323 ff.