

Aktuelle Probleme beim Rechtsstaatsaufbau in Afghanistan – Das Gutachten des Obersten Gerichtshofes zum Misstrauensantrag des Unterhauses gegen den Außenminister

*Ramin Moschtaghi**

I. Einleitung	509
II. Die Regelungen der afghanischen Rechtsordnung zur Unabhängigkeit der Justiz	512
III. Das Gutachten des Obersten Gerichtshofs als Symptom für die mangelhafte Unabhängigkeit der afghanischen Justiz	514
1. Sachverhalt und Begründung des Gutachtens	514
a. Sachverhalt	514
b. Begründung	515
2. Die Kritik des Gutachtens	518
a. Die Frage der Zuständigkeit des Gerichts	518
b. Die Frage der Justizförmigkeit des Verfahrens der Misstrauensabstimmung	520
aa. Die Unterschiede zwischen justizförmigen und politischen Verfahren zur Kontrolle der Regierung	520
bb. Die Misstrauensabstimmung als parlamentarisches Verfahren	525
c. Eine Pflichtverletzung als Voraussetzung eines Misstrauensvotums ?	527
d. Die erste Abstimmung vom 10. Mai 2007	530
e. Die erneute Abstimmung vom 12. Mai 2007	530
3. Die Rechtswirkung des Gutachtens	533
4. Zwischenergebnis	534
IV. Gründe der aufgezeigten Defizite	535
V. Resümee und Ausblick	537
Summary	539

I. Einleitung

Die Förderung der unter den Begriffen der “Rechtsstaatlichkeit”, “*rule of law*” oder “*État de droit*” zusammengefassten Prinzipien hat seit dem Ende der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts im Zuge des Aufkommens des Konzeptes der “guten Regierungsführung” als Ziel der Entwicklungszusammenarbeit international stark an Bedeutung gewonnen.¹ Dies spiegelt sich beispielsweise im Zwischen-

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht und Mitarbeiter in dem von Prof. Dr. Dr. h.c. Rüdiger Wolfrum geleiteten Afghanistanprojekt des Instituts. Die Tätigkeit des Instituts in Afghanistan dient der Unterstützung des Aufbaus der afghanischen Justiz und der wissenschaftlichen Ausbildung der Richterschaft. Für weitere Informationen <http://www.mpil.de/ww/de/pub/forschung/forschung_im_detail/glob_wisstransf/afghanistan_projekt.cfm> (letzter Besuch 20. Dezember 2007).

Der Beitrag stellt die überarbeitete Version eines Vortrages dar, den der Verfasser am 24. September 2007 auf dem 30. Deutschen Orientalistentag in Freiburg i. Br. gehalten hat.

¹ Vgl. Oliver Meinecke, Rechtsprojekte in der Entwicklungszusammenarbeit, 2007, 79 m.w.N.

bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen zur Implementierung der so genannten Millenniumsdeklaration wider, in welchem der Förderung von Rechtsstaatlichkeit ein prominenter Platz eingeräumt wird.² Bei allen Unterschieden, welche die Begriffe "Rechtsstaat", "rule of law" und "État de droit" in den verschiedenen Rechtsordnungen aufweisen,³ und den Differenzen, welche sich bei der Diskussion um den universellen Bedeutungsinhalt dieser Begriffe auf Grund der Wahl eines formellen oder materiellen Ansatzes ergeben, zeigt sich das Bestreben der Kontrolle politischer Macht doch als grundlegende Idee der mit der Rechtsstaatlichkeit verbundenen Konzepte.⁴ Aus diesem Bestreben erklärt sich, dass alle diese im Detail unterschiedlichen Ansätze das Prinzip der Gewaltenteilung und damit verbunden insbesondere eine funktionierende und unabhängige Justiz zur Gewährleistung eines Rechtsstaates für erforderlich halten.⁵ Diese Aspekte werden auch vom deutschen Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung ausdrücklich als Bestandteile des im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit angewandten Rechtsstaatsbegriffs bezeichnet.⁶ Ihnen kommt daher im Rahmen von Rechtsprojekten⁷ der Entwicklungszusammenarbeit eine besondere Bedeutung zu.⁸

Im vorliegenden Artikel wird dargelegt, dass der Oberste Gerichtshof Afghanistans als oberstes Organ der Judikative auch im Jahre sieben nach dem Sturz der Taliban und dem Beginn der internationalen Unterstützungsmaßnahmen noch immer bedeutende Defizite hinsichtlich seiner Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive aufweist. Weiterhin wird die These vertreten, dass diese Probleme nicht der Gesetzeslage geschuldet sind, sondern der mangelhaften Umsetzung der bestehenden Regelungen zur Unabhängigkeit der Justiz. Diese Defizite haben ihren Ursprung im Fehlen eines Bewusstseins der eigenen Unabhängigkeit der Richterschaft, welches sich insbesondere auch bei den obersten Richtern des Landes bemerkbar macht. Außerdem wird ein Mangel an solchen Projekten der Entwicklungszusammen-

² Report of the Secretary-General, In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All, vom 21. März 2005, UN Doc.A/59/2005, para. 133 ff.

³ Vgl. hierzu im Detail Rainer Grote, Rule of Law, Rechtsstaat und "Etat de droit", in: Christian Starck (Hrsg.), Constitutionalism, Universalism and Democracy – A Comparative Analysis, 1999, 269 ff., 270.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, 269 ff.; International Commission of Jurists, The Rule of Law and Human Rights, 1966, 15; vgl. zur Unabhängigkeit der Justiz als Voraussetzung für rechtsstaatliche Verfahren auch den Punkt 2 der Berliner Erklärung derselben zur Wahrung der Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit bei der Terrorismusbekämpfung vom 28. August 2004; vgl. The Hague Institute for the Internationalisation of Law, Rule of Law Inventory Report, 16, <http://www.hiil.org/uploads/File/1-947-Rule_of_Law_Inventory_Report_2007.pdf> (letzter Besuch 20. Mai 2008).

⁶ Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Recht und Justiz in der deutschen Entwicklungszusammenarbeit, 2002, 7, <<http://www.bmz.de/de/service/infothek/fach/spezial/spezial047pdf.pdf>> (letzter Besuch 18. Mai 2005).

⁷ Der Begriff des Rechtsprojektes soll hier solche Projekte der Entwicklungszusammenarbeit bezeichnen, welche entweder der Rechtsreform oder der Implementierung von bestehendem Recht dienen. Vgl. zu dieser Definition Meinecke (Anm. 1), 52 ff.

⁸ Vgl. hierzu auch Meinecke, *ibid.*, 78 ff.

menarbeit identifiziert, welche dazu dienen könnten gerade die obersten Richter darin zu unterstützen, ihre Defizite zu beheben.

Die bestehenden Mängel bei der Gesetzesimplementierung werden nach Darlegung der grundsätzlich zufriedenstellenden gesetzlichen Vorgaben am Beispiel eines Gutachtens des Obersten Gerichtshofs illustriert. Am 02. Juni 2007 überreichte das Plenum des afghanischen Obersten Gerichtshofs⁹ (*Stera Mahkama*) der Regierung ein Gutachten zur Wirksamkeit des Misstrauensvotums des Unterhauses (*Wolesi Jirga*) gegen den afghanischen Außenminister Spanta.¹⁰ Dieses auf Antrag des Staatspräsidenten ausgearbeitete Gutachten stellt die erste und bisher einzige verfassungsrechtlich relevante Äußerung des obersten afghanischen Gerichts seit dem Sturz der Taliban im Winter 2001 und der Verkündung der neuen afghanischen Verfassung¹¹ am 26. Januar 2004 dar. Die kritische Analyse der Lösung des Falles durch den Obersten Gerichtshof bietet nicht nur die Möglichkeit, Defizite richterlicher Unabhängigkeit aufzuzeigen, sondern bietet auch Gelegenheit zu grundsätzlichen Überlegungen zum System parlamentarischer Kontrolle in der afghanischen Verfassung und zu den Zuständigkeiten des Obersten Gerichtshofs bei Auseinandersetzungen zwischen Legislative und Exekutive. Zwar ist es grundsätzlich nicht unproblematisch, anhand eines einzelnen Gutachtens auf grundlegende Defizite des Gerichts zu schließen. Dies rechtfertigt sich im vorliegenden Fall aber dadurch, dass die Analyse des Gutachtens derart gravierende Mängel und Rechtsirrtümer zum Vorschein bringt, dass sich auf Grund der Häufigkeit und der übereinstimmenden Zielrichtung dieser Fehler Zweifel an der Unabhängigkeit des Gerichts gegenüber der Exekutive unvermeidlich einstellen. Anschließend an die Analyse des Gutachtens werden Ursachen für die defizitär entwickelte Unabhängigkeit des Gerichts erörtert.

Die dergestalt nachgewiesenen Defizite sind deshalb von besonderer Tragweite, weil der Oberste Gerichtshof an der Spitze der afghanischen Justiz steht und daher von einem mangelhaft ausgebildeten Bewusstsein für die richterliche Unabhängigkeit unter den Richtern dieses Gerichtshofes negative Ausstrahlungen auf die übrige Justiz zu befürchten sind. Diese Mängel zeigen daher wie dringlich notwendig Projekte zur Stärkung der Kenntnisse und Fähigkeiten der Richter des Obersten Gerichtshofs sind, um die Unabhängigkeit der Justiz zu stärken und damit den Aufbau eines Rechtsstaates in Afghanistan zu ermöglichen. Nach einem Resümee der Ergebnisse der Analyse des Gutachtens sowie der aufgezeigten Ursachen der Defizite sollen daher in einem abschließenden Ausblick nicht nur Möglichkeiten für Gesetzesreformen aufgezeigt werden, um Gesetzeslücken zu schließen und das

⁹ Wenn der Oberste Gerichtshof im Plenum handelt, wird er als so genannter Hoher Rat des Obersten Gerichtshofes (*shurâ-je âli-je Stera Mahkama*) bezeichnet.

¹⁰ Gutachten des Obersten Gerichtshofs vom 02. Juni 2006, Anlage zu dem Schreiben Nr. 1513 des Obersten Gerichtshofs vom 12/03/1386 (02. Juni 2006) an den Staatsminister für parlamentarische Angelegenheiten.

¹¹ Verkündet durch Dekret Nr. 103, veröffentlicht im Offiziellen Anzeiger Nr. 818; deutsche Übersetzung unter <http://www.mpil.de/shared/data/pdf/verf_dt3.pdf> (letzter Besuch 20. Dezember 2007).

gerichtliche Verfahren bei einem Streit zwischen Exekutive und Legislative gesetzlich zu regeln, sondern es sollen auch Ansatzpunkte für Projekte aufgezeigt werden, welche die Wirksamkeit der bestehenden Regelungen der afghanischen Rechtsordnung zur Unabhängigkeit der Justiz mit Blick auf den Obersten Gerichtshof erhöhen könnten.

II. Die Regelungen der afghanischen Rechtsordnung zur Unabhängigkeit der Justiz

Regelungen zur Justiz finden sich im siebten Kapitel der afghanischen Verfassung. Gleich zu Beginn dieses Kapitels wird in Artikel 116 Abs. 1 AV festgestellt, dass die Justiz ein unabhängiges Organ des Staates ist. Der Begriff der richterlichen Unabhängigkeit bezieht sich auf die Autonomie des einzelnen Richters oder eines Kollegiums von Richtern bei der Anwendung des Gesetzes auf einen konkreten Rechtsfall. Zu ihrer Gewährleistung sind vor allem Garantien gegen äußere Einflussnahme, Regelungen zur Amtszeit der Richter sowie zu deren Ernennung von großer Bedeutung.¹² Eine besondere Rolle kommt hierbei dem Prinzip der Gewaltenteilung zu.¹³ Vor allem bezüglich der Regelungen zur Ernennung der Richter ist dieses Prinzip von großer Wichtigkeit, zumal durch die Berufung der Richter durch eine der Staatsgewalten ohne die Mitwirkung der anderen eine persönliche Abhängigkeit der Richter von der ernennenden Staatsgewalt droht.¹⁴ Andere für die richterliche Unabhängigkeit relevante Momente wie etwa die Besoldung und persönliche Sicherheit der Richter sollen hier nicht thematisiert werden, da sich die Obersten Richter des Landes diesbezüglich in einer relativ komfortablen Situation befinden.¹⁵

Was Garantien gegen die Einflussnahme der anderen Staatsgewalten auf richterliche Entscheidungen betrifft, so stellt Artikel 14 des Gesetzes über die Organisation und Zuständigkeit der Justiz¹⁶ klar, dass die Gerichte unabhängig und bei ihren Entscheidungen nur an das Gesetz gebunden sind. Das Prinzip der Gewaltenteilung ist, was die Trennung zwischen Exekutive und Judikative anbelangt, in der afghanischen Verfassung formal sehr strikt ausgestaltet. Nach Artikel 116 AV ist der Oberste Gerichtshof oberstes Organ der Judikative, was durchaus wörtlich zu ver-

¹² Vgl. S. H. Bailey, in: David Feldman (Hrsg.), *English Public Law*, 2004, 682; Vgl. Karl Doehring, *Allgemeine Staatslehre*, 2000, 161.

¹³ Vgl. Param Cumaraswamy, Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers, UN Doc. E/CN.4/1995/39, para. 55.

¹⁴ Vgl. Doehring (Anm. 12), 161.

¹⁵ Ausführlich zu den Vorgaben der afghanischen Verfassung im Hinblick auf die Unabhängigkeit der Justiz, Ramin Moschtaghi, *Organisation and Jurisdiction of the Newly Established Afghan Courts*, Max Planck UNYB 10 (2006), 531 ff.

¹⁶ Gesetze über die Organisation und Zuständigkeit der Justiz der Islamischen Republik Afghanistan (*qānun-e tashkilāt va salāhiat-e mohākem-e goveje qasā-je jomhuri-je eslāmi-je afghānestan*) vom 21. Mai 2005, veröffentlicht im Offiziellen Anzeiger Nr. 2851

stehen ist. Er ist nämlich nicht nur das höchste afghanische Instanzgericht,¹⁷ sondern ihm obliegt auch die Verwaltung der Justiz. Er ist nach Artikel 132 AV nicht nur für die Personalangelegenheiten der Richterschaft und insbesondere die Auswahl der Richter der unteren Instanzgerichte zuständig,¹⁸ sondern nach Artikel 125 AV auch für die Aufstellung und die Verwaltung des Budgets der Justiz. Schließlich hat er gemäß Artikel 95 AV die Gesetzesentwürfe, welche Angelegenheiten der Judikative betreffen, auszuarbeiten.

Die neun Mitglieder des Obersten Gerichtshofes werden nach Artikel 117 AV vom Staatspräsidenten mit Zustimmung des Unterhauses ernannt. Der Staatspräsident bestimmt eines dieser Mitglieder zum Präsidenten des Gerichtshofes. Eine solche Regelung ist im internationalen Vergleich nicht ungewöhnlich. Beispielweise werden auch in den Vereinigten Staaten von Amerika die Richter des Supreme Court durch den Präsidenten mit Zustimmung des Senats ernannt.¹⁹ Ein solches Zusammenspiel von Exekutive und Legislative bei der Ernennung der Richter erscheint grundsätzlich als geeignet, die richterliche Unabhängigkeit der ernannten Richter zu gewährleisten.²⁰ Auch verfügt die Exekutive über keine Möglichkeit, eine vorzeitige Absetzung der Richter zu erreichen. Eine solche ist nur im Rahmen eines Amtsenthebungsverfahrens nach Artikel 127 AV möglich. Dies setzt voraus, dass mehr als ein Drittel der Mitglieder des Unterhauses ein Gerichtsverfahren gegen eines der Mitglieder des Obersten Gerichtshofes wegen des Verdachts eines Vergehens bei seiner Amtsführung oder eines Verbrechens beantragen und mindestens zwei Drittel der Mitglieder des Unterhauses dem Antrag zustimmen. Die Richter des afghanischen Obersten Gerichtshofes werden nicht wie die Richter des Supreme Court auf Lebenszeit ernannt. Ihre Amtszeit ist vielmehr gemäß Artikel 117 Abs. 2 AV auf zehn Jahre begrenzt. Grundsätzlich bietet zwar eine Ernennung auf Lebenszeit oder bis zur Erreichung einer Altergrenze die besten Voraussetzungen zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit.²¹ Dies ist jedoch keinesfalls unverzichtbar, entscheidend für die Gewährleistung der Unabhängigkeit ist aber in jedem Fall eine Amtsdauer von zumindest einigen Jahren.²² Als Beispiel mögen die Richter des deutschen Bundesverfassungsgerichts dienen, deren Amtszeit ohne die Möglichkeit einer Wiederwahl auf zwölf Jahre beschränkt ist.²³ Eine Ernennung

¹⁷ Vgl. über die richterlichen Kompetenzen des Obersten Gerichtshofes im Einzelnen Artikel 24 des Gesetzes über die Organisation und Zuständigkeit der Justiz.

¹⁸ Diese werden nach Artikel 132 AV auf Vorschlag des Obersten Gerichtshofes vom Staatspräsidenten ernannt.

¹⁹ Artikel II, Sektion 2 der Verfassung vom 17. September 1787; vgl. auch Louis Fisher, *American Constitutional Law*, 3. Aufl. 1999, 136 f.

²⁰ Vgl. auch Doehring (Anm. 12), 161 f.

²¹ International Commission of Jurists, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors*, Practitioners' Guide Series No. 1, 2004, 51 f.

²² Manfred Nowak, *CCPR Commentary*, 2005, 320; James L. Morse, *A Declaration about Judicial Independence*, *The Law Review Association of Quinnipiac University School of Law*, Vol. 20 (2000), 731 ff., 733; International Commission of Jurists (Anm. 21), 51 f.

²³ § 4 Bundesverfassungsgerichtsgesetz.

für eine Amtszeit von zehn Jahren erscheint daher grundsätzlich als angemessen, um die richterliche Unabhängigkeit zu gewährleisten. Die Richter des Obersten Gerichtshofes sind auch nicht etwa im Hinblick auf ihre etwaige Wiederwahl vom Wohlwollen des Staatspräsidenten abhängig, denn die Verfassung untersagt in Artikel 117 AV eine zweite Amtszeit. Daneben haben die ehemaligen Mitglieder des Gerichtshofes, solange sie keine neuen Ämter innehaben, nach Artikel 126 AV nach dem Ende ihrer Amtszeit Anspruch auf eine lebenslange Pension. Zu beachten ist allerdings, dass Artikel 117 AV für die Amtszeit der ersten Richter des Obersten Gerichtshofes nach Ende der Übergangszeit und der Inauguration des Parlamentes im Dezember 2005 eine Sonderregelung vorsieht. Demnach wurden von den amtierenden Richtern des Gerichts drei für eine Dauer von vier Jahren ernannt, drei für sieben Jahre und drei Richter für eine zehnjährige Amtszeit. Diese Regelung erscheint insoweit als unangemessen, als zumindest eine Amtszeit von vier Jahren als zu kurz erscheint.

Grundsätzlich scheinen die verfassungsmäßigen Regelungen daher als ausreichend, um die Unabhängigkeit der Mitglieder des Obersten Gerichtshofes zu gewährleisten. Die folgende Analyse des Gutachtens des Obersten Gerichtshofes über das Misstrauensvotum des Unterhauses gegen den Außenminister wird gleichwohl zeigen, dass diesbezüglich grundlegende Defizite bestehen.

III. Das Gutachten des Obersten Gerichtshofs als Symptom für die mangelhafte Unabhängigkeit der afghanischen Justiz

1. Sachverhalt und Begründung des Gutachtens

a. Sachverhalt

Dem Gutachten des Obersten Gerichtshofs lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Das afghanische Unterhaus hatte am 10. Mai 2007 von seinem Interpellationsrecht Gebrauch gemacht und sowohl den Minister für Flüchtlingsfragen als auch den Außenminister zur Befragung einbestellt. Gegenstand der Befragung war die zwangsweise Massenausweisung afghanischer Flüchtlinge aus der Islamischen Republik Iran. Bei der Befragung der Minister wurde beiden vorgeworfen, die Repatriierungsmaßnahmen nicht verhindert zu haben. Im Anschluss an ihre Befragung wurde der Antrag gestellt, ihnen das Misstrauen auszusprechen. Für die Annahme eines solchen Antrages ist nach Artikel 92 Abs. 3 der afghanischen Verfassung²⁴ (im Folgenden: AV) die Zustimmung der Mehrheit aller Delegierten des Unterhauses erforderlich. Das afghanische Unterhaus verfügt während der ersten Legislaturperiode über insgesamt 248 Mitglieder, somit war die Zustimmung von mindestens

²⁴ Verfassung vom 26. Januar 2004, in Kraft gesetzt durch Dekret Nr. 103, veröffentlicht im Offiziellen Anzeiger Nr. 818.

125 Mitgliedern des Hauses für einen Erfolg des Antrages notwendig. Bei der Abstimmung am 10. Mai stimmten zwar 125 der 195 anwesenden Delegierten für den Misstrauensantrag, allerdings war die Gültigkeit einer Stimme umstritten. Die Delegierten einigten sich daher darauf, am nächsten Sitzungstag eine weitere Abstimmung vorzunehmen. Noch bevor es zu dieser erneuten Abstimmung kam, trat der Minister für Flüchtlingsfragen unter dem Eindruck der ersten Abstimmung zurück. Die erneute Abstimmung über das Misstrauensvotum, welche am nächsten Sitzungstag, dem 12. Mai, stattfand, richtete sich deshalb nur noch gegen den Außenminister. Bei dieser Abstimmung waren 217 Delegierte des Unterhauses anwesend. Die notwendige Zustimmung der Mehrheit aller Mitglieder des Hauses für den Antrag wurde unstreitig erreicht. Der Staatspräsident, welcher den Rücktritt des Flüchtlingsministers akzeptiert hatte, weigerte sich im Folgenden, seinen Außenminister als Konsequenz der zweiten Abstimmung zu entlassen. Stattdessen ließ er noch am selben Tag verkünden, er werde den Obersten Gerichtshof bitten, die Rechtmäßigkeit des Misstrauensvotums zu überprüfen. Im Auftrag des Präsidenten beantragte daher der Minister für Parlamentarische Angelegenheiten mit Schreiben vom 13. Mai 2007 ein Gutachten des Obersten Gerichtshofs über folgende Fragen:

1. War die Begründung des Unterhauses, dass der Außenminister keine ausreichenden Anstrengungen unternommen habe, um die Abschiebung afghanischer Flüchtlinge aus der Islamischen Republik Iran zu verhindern, im Hinblick auf die Frage, wieweit die Handlungen des Außenministers eines Staates die Politik eines anderen Staates überhaupt zu beeinflussen vermag, mit den Anforderungen von Artikel 92 Abs. 3 AV vereinbar?
2. Ist es zulässig, wenn in einer Vertrauensabstimmung die erforderliche Mehrheit nicht erreicht wird, die Frage zum Gegenstand einer erneuten Abstimmung zu machen oder hätte das Unterhauses entsprechend seiner früheren Praxis zunächst die Gültigkeit der umstrittenen Stimme klären müssen?
3. Wie ist die Stimmabgabe jener Delegierten rechtlich zu werten, welche bei der ersten Abstimmung nicht anwesend waren und folglich der Befragung des Ministers durch das Unterhaus nicht beigewohnt haben?²⁵

b. Begründung

Seine Zuständigkeit zur Prüfung der Anfrage der Regierung sieht das Gericht unproblematisch als durch Artikel 121 AV eröffnet an.²⁶ In seiner als Gutachten bezeichneten Lösung des Falles beantwortet der Oberste Gerichtshof alle Fragen im Sinne der Exekutive und verneint die Wirksamkeit der Misstrauensabstimmung gegen den Außenminister.

²⁵ Gutachten des Obersten Gerichtshofes, S. 2. An dieser Stelle sei Herrn Dr. Hirbod Aminlari, vom GTZ Büro in Kabul herzlich für die Beschaffung eines Exemplars des persischen Originaltextes der Entscheidung gedankt.

²⁶ Für nähere Ausführungen zu dieser Vorschrift siehe III. a.

1. Das Gericht hält das Misstrauensvotum des Unterhauses für unvereinbar mit der Bestimmung des Artikels 92 AV. Artikel 92 Abs. 2 AV lautet: "Ist die abgegebene Erklärung nicht überzeugend, erwägt die Volksvertretung die Frage eines Misstrauensvotums." Das Gericht ist der Ansicht, aus dem Begriff "erwägen" (*bar-rasi kardan*) leite sich die Voraussetzung einer objektiven und umfassenden Untersuchung durch das Unterhaus ab. Es sieht das Unterhaus hier in der Rolle eines "Nationalen Gerichtshofs",²⁷ welcher im Hinblick auf die Erfüllung der persönlichen Pflichten eines Ministers, für die dieser dem Unterhaus nach Artikel 77 AV verantwortlich ist, eine Untersuchung durchführe. Wenn die Rechtfertigung des Ministers im Hinblick auf die Erfüllung seiner Pflichten nicht begründet und überzeugend sei, so habe dieser seine Verantwortung nicht erfüllt und sei einer Pflichtverletzung für schuldig anzusehen. In diesem Fall liege es in der gesetzlichen Zuständigkeit der Nationalversammlung,²⁸ entweder eine Fortführung der Amtsführung durch den Minister zu tolerieren oder ein Misstrauensvotum gegen ihn zu erwägen. Die Abstimmung über das Misstrauensvotum sei in Wirklichkeit als die "endgültige Entscheidung dieses Nationalen Gerichtshofes"²⁹ anzusehen. Die Wirksamkeit dieser Entscheidung sei allerdings davon abhängig, dass sie auf sachlichen Gründen beruhe. Als ein sachlicher Grund komme nur eine Pflichtverletzung in Betracht, wie der Gerichtshof aus der von ihm vertretenen Gerichtsähnlichkeit des Verfahrens schließt. Außerdem müsse das Votum des Parlaments, um wirksam zu sein, klar und eindeutig formuliert sein und direkt mit der Nichterfüllung einer persönlich dem Minister obliegenden Pflicht in Verbindung stehen. Es dürfe dagegen nicht auf einer Handlung oder einer Maßnahme von Personen oder Organen beruhen, über die der Minister keine Kontrolle habe.

Wie bereits in den Fragestellungen des Staatspräsidenten anklinge, müsse akzeptiert werden, dass die Ausweisung der afghanischen Flüchtlinge aus der Islamischen Republik Iran auf Maßnahmen der iranischen Administration beruhe und deshalb keinen direkten Zusammenhang mit der Arbeit des Ministers aufgewiesen habe. Es gehöre nicht zu den Pflichten des Ministers zu verhindern, dass die iranische Regierung bestimmte Entscheidungen treffe. Außerdem habe die Verhinderung der Ausweisung außerhalb der Möglichkeiten des Ministers gelegen, so dass er keiner Pflichtverletzung für schuldig befunden werden dürfe. Schließlich habe der Minister, wie das Gericht ausführlich darlegt, zahlreiche diplomatische Anstrengungen unternommen, um die iranischen Behörden von ihrem Vorhaben abzubringen. Ein sachlicher Grund für ein Misstrauensvotum liege daher nicht vor, weshalb die gesetzlichen Voraussetzungen für ein Misstrauensvotum nicht erfüllt seien.

²⁷ Gutachten des Obersten Gerichtshofes, S. 4 Nr. 1.

²⁸ Das Gericht unterliegt hier dem Irrtum von der Nationalversammlung (*shurâ-je melli*) zu sprechen. Diese setzt sich nach Artikel 82 AV aus beiden Häusern des Parlamentes zusammen. Korrekterweise liegt die Interpellation eines Ministers wie auch die Abstimmung über ein Misstrauensvotum gemäß Artikel 92 AV allerdings ausschließlich in der Zuständigkeit des Unterhauses und nicht in der der Nationalversammlung.

²⁹ Gutachten des Obersten Gerichtshofes, S. 4 Nr. 1.

2. Die Abstimmung vom 10. Mai 2007 hält das Gericht für unwirksam. Dies begründet es damit, dass die ein Misstrauensvotum befürwortenden Stimmen sich im Verhältnis zu den ablehnenden Stimmen aufgehoben hätten, was zu einer "Annullierung" des Verfahrens und zu einem "Freispruch" des Ministers geführt habe.³⁰

Mit der Frage der Gültigkeit der umstrittenen 125. Stimme setzt sich das Gericht dagegen nicht auseinander, da nach seiner Ansicht keine Zweifel an deren Ungültigkeit bestehen. Dies ergebe sich aus dem bekannten und anerkannten Verfahren des Unterhauses, wie es in den letzten eineinhalb Jahren praktiziert worden sei. Zu diesem anerkannten Verfahren werden allerdings in dem Gutachten des Gerichts keine Angaben gemacht. Außerdem ist das Gericht der Ansicht, die Ungültigkeit der ersten Abstimmung ergebe sich bereits aus der Tatsache, dass das Unterhaus eine erneute Abstimmung über den Antrag angesetzt habe, da dies zeige, dass das Unterhaus selbst die fragliche Stimme für ungültig hielt.

3. Die erneute Abstimmung über den Misstrauensantrag am 12. Mai 2007 hält das Gericht schließlich aus mehreren Gründen für unzulässig. So ist das Gericht der Ansicht, das Parlament, welches eine "strafrechtliche Interpellation"³¹ durchgeführt habe, habe das Verfahren durch den Erlass seines "freisprechenden Urteils"³² gegen den Minister bereits in der ersten Abstimmung vom 10. Mai zu einem Abschluss gebracht. Für ein erneutes Urteil über diesen bereits abgeschlossenen Fall sei daher kein Raum mehr.³³

Das Gericht hält eine erneute Abstimmung über ein Misstrauensvotum auch deshalb für rechtswidrig und unwirksam, da die erneute Abstimmung als Wiederaufnahme eines durch ein ergangenes Urteil bereits abgeschlossenen Verfahrens über die Interpellation des Ministers erscheinen würde. Nach der Ansicht des Gerichts folge aus "Rechtsprinzipien und der eindeutigen Regelung des Gesetzes unter Heranziehung einer Analogie zum Strafprozessrecht",³⁴ dass die Wiederaufnahme eines solchen Verfahrens nur zugunsten des Verurteilten zulässig sei.

Nach Auffassung des Gerichts ergibt sich die Unwirksamkeit der zweiten Abstimmung außerdem aus der Teilnahme von Delegierten an der Abstimmung, welche an der vorhergehenden Sitzung und der Befragung des Ministers nicht teilgenommen haben. Denn diese Abgeordneten hätten in Unkenntnis der Äußerungen des Ministers kein "gerechtes und gesetzmäßiges" Urteil über die Begründetheit seiner Rechtfertigung fällen können.

Schließlich steht nach Ansicht des Gerichts § 65 der Geschäftsordnung des Unterhauses³⁵ der Rechtmäßigkeit einer erneuten Abstimmung im Wege. Dieser legt

³⁰ *Ibid.*, S. 5 f. Nr. 2.

³¹ *Ibid.*, S. 6. Nr. 3.

³² *Ibid.*, S. 6. Nr. 3.

³³ *Ibid.*, S. 6. Nr. 3.

³⁴ *Ibid.*, S. 6. Nr. 4.

³⁵ Geschäftsordnung des Unterhauses (*Osul-e vazâjef-e dâkheli-je Wolesi Jirga*), offizielle Publikation bis jetzt nicht bekannt. Englische Version zu finden unter <http://www.afghanistantranslation.com/Regs/Internal_Rules_of_Procedures_WJ_ENG_Update_ET.doc> (letzter Besuch 11. Dezember 2007).

fest, dass nach der Verkündung des Ergebnisses eines angenommenen Antrages keine weitere Debatte über diesen Punkt stattfinden darf. Da das Verfahren mit der Abstimmung vom 10. Mai 2007 seinen Abschluss gefunden habe, könne deshalb auch nach dieser Vorschrift keine erneute Abstimmung über den Antrag stattfinden.

Unter Berufung auf das Gutachten des Obersten Gerichtshofs hat der Staatspräsident davon abgesehen, seinen Außenminister zu entlassen. Das Unterhaus hat weder das Gutachten des Gerichts noch die damit begründete Entscheidung des Präsidenten anerkannt.

2. Die Kritik des Gutachtens

Auch wenn das Gutachten des Gerichtshofs im Ergebnis als vertretbar erscheint, so weist es doch in formeller wie in materieller Hinsicht zahlreiche zum Teil schwerwiegende Fehler auf. Im Folgenden werden diese Fehler³⁶ sowie die Besonderheiten des Gutachtens eingehend analysiert.

a. Die Frage der Zuständigkeit des Gerichts

Fehlerhaft ist bereits die Annahme der Zuständigkeit durch das Gericht. Zu deren Begründung beruft sich das Gericht ohne nähere Ausführungen auf Artikel 121 AV. Nach dieser Vorschrift kommt dem Obersten Gerichtshof die Kompetenz zu, auf Antrag der Regierung oder eines Gerichtes die Vereinbarkeit von Gesetzen, Gesetzeserlassen³⁷ und internationalen Verträgen mit der Verfassung zu überprüfen. Ein Misstrauensvotum ist weder ein Gesetz noch ein Gesetzeserlass, da ihm der abstrakt-generelle Charakter fehlt. Außerdem legt die afghanische Verfassung in Artikel 94 AV fest, dass ein Gesetz durch Beschluss beider Kammern der Nationalversammlung und Unterzeichnung durch den Staatspräsidenten zu Stande kommt, es sei denn, dass die Verfassung etwas anderes bestimmt. Auch nach dieser Definition stellt ein Misstrauensvotum kein Gesetz dar, da über ein solches nur das Unterhaus entscheidet. Die Zuständigkeit des Gerichts kann daher nicht durch Artikel 121 AV begründet werden.

Auch wenn das Gericht dies selbst nicht in Betracht zieht, könnte allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob eine analoge Anwendung des Artikels 121 AV mög-

³⁶ Dabei konzentriert sich die vorliegende Bearbeitung allerdings auf die Auseinandersetzung mit den schwerwiegenden Fehlern des Gerichts. Terminologische Ungenauigkeiten, wie etwa, wenn das Gericht von der Nationalversammlung statt von einem ihrer Häuser oder von der Unschuldsvermutung statt einem Freispruch spricht, werden dagegen nur erwähnt, wo dies für das Verständnis erforderlich ist.

³⁷ Bei Letzterem handelt es sich um eine Besonderheit der Übergangsperiode bis zur Inauguration der Nationalversammlung. Nach Artikel 159 AV konnte die Regierung in dieser Übergangszeit bestimmte Sachverhalte durch Gesetzesverordnungen regeln, die für diese Zeit formelle Parlamentsgesetze ersetzen.

lich wäre, da die afghanische Rechtsordnung keine Regelungen für ein Organstreitverfahren vorsieht. Gegen eine Analogie spricht die fehlende Vergleichbarkeit beider Verfahrensarten. Das Verfahren der Normenkontrolle kennt keinen Antragsgegner und weist damit, auch wenn im Rahmen eines solchen Verfahrens Legislative und Exekutive unterschiedlicher Auffassungen über den Streitgegenstand sein können, keinen kontradiktorischen Charakter auf.³⁸ Dagegen handelt es sich bei einem Organstreitverfahren um ein kontradiktorisches Verfahren zwischen zwei Verfassungsorganen.³⁹ Hinzu kommt, dass sich auch der Gegenstand beider Verfahrensarten grundlegend unterscheidet. Während im Rahmen einer Normenkontrolle die Frage eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht Gegenstand der Entscheidung ist, zielt das Organstreitverfahren auf die gegenseitige Abgrenzung der Kompetenzen der beteiligten Staatsorgane. Beide Verfahren weisen somit erhebliche strukturelle Unterschiede auf, die einer Analogie im Wege stehen. Gegen die analoge Anwendung des Artikels 121 AV auf Organstreitverfahren spricht außerdem, dass eine solche zu einer erheblichen Verschiebung der Machtverhältnisse zwischen Exekutive und Legislative führen würde. Gemäß Artikel 121 AV sind ausschließlich die Regierung und Instanzgerichte befugt, die Überprüfung eines Gesetzes durch den Obersten Gerichtshof zu beantragen. Bei einer analogen Anwendung des Artikels 121 AV auf sämtliche Parlamentsentscheidungen könnte die Exekutive jede Entscheidung des Parlaments vor dem Obersten Gerichtshof angreifen, wohingegen das Parlament nach wie vor über keinerlei Möglichkeiten verfügen würde, seinerseits Entscheidungen oder Maßnahmen der Exekutive gerichtlich überprüfen zu lassen. Der Regierung würde folglich eine zusätzliche Möglichkeit zur Kontrolle des Parlaments eingeräumt, ohne dass sich auch die Kontrollmöglichkeiten des Parlaments gegenüber der Exekutive verstärken würden. Dies würde die ohnehin bereits sehr starke Position der vom Staatspräsidenten geleiteten Exekutive in der afghanischen Rechtsordnung⁴⁰ auf Kosten der Legislative weiter stärken, ohne dass dies vom Verfassungsgeber vorgesehen wurde.

Die fehlerhafte Annahme der eigenen Zuständigkeit durch den Obersten Gerichtshof wiegt besonders schwer, weil ihr im Ergebnis die gleichen Auswirkungen zukommen, wie sie eine analoge Anwendung des Artikels 121 AV hätte. Zwar geht das Gericht, wie im Folgenden noch zu schildern sein wird,⁴¹ selbst von der Unverbindlichkeit seines Gutachtens aus. Dies ändert aber nichts an der Gefahr einer Machtverschiebung zugunsten der Exekutive, kommt doch auch einem unverbindlichen Gutachten des Obersten Gerichts des Landes eine nicht unerhebliche Wirkung in einer Auseinandersetzung zweier Verfassungsorgane zu. Als Leitentschei-

³⁸ Vgl. Wolfgang L ö w e r, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 2005, 1348.

³⁹ *Ibid.*, 1298.

⁴⁰ Zum Übergewicht der Exekutive und vor allem des Staatspräsidenten in der afghanischen Verfassungsordnung ausführlich Rainer G r o t e, Separation of Powers in the New Afghan Constitution, ZaöRV 64 (2004), 897 ff.

⁴¹ Siehe unter 3. Die Rechtswirkung des Gutachtens.

ding könnte das Gutachten des Gerichts das Verhältnis der Staatsgewalten daher weiter zugunsten der ohnehin dominanten Exekutive verschieben.

b. Die Frage der Justizförmigkeit des Verfahrens der Misstrauensabstimmung

Nach Ansicht des Gerichtshofes agiert das Unterhaus bei dem in Artikel 92 Abs. 2 AV geregelten Verfahren einer Misstrauensabstimmung als ein "nationales Gericht" und ist daher verpflichtet, die Rechtfertigungen eines Ministers einer objektiven und umfassenden Analyse zu unterziehen. Als ein solches Gericht führe das Unterhaus eine Untersuchung im Hinblick auf die Frage durch, ob der Minister seine persönlichen Pflichten verletzt habe, für deren Erfüllung er dem Unterhaus gegenüber gemäß Artikel 77 AV verantwortlich sei. Als einzige Begründung für die mehrfach wiederkehrende Behauptung der Gerichtsähnlichkeit des Verfahrens stützt sich das Gericht auf die Verwendung des Begriffs *barrasi kardan* in Artikel 92 Abs. 2 AV. In der deutschen Übersetzung lautet diese Vorschrift: "Ist die abgegebene Erklärung [des Ministers] nicht überzeugend, erwägt (*barrasi kardan*) die Volksvertretung die Frage eines Misstrauensvotums".⁴² Zwar findet der Begriff *barrasi kardan* auch auf gerichtliche Verfahren Anwendung, er wird aber keineswegs nur in diesem Zusammenhang gebraucht.⁴³ Aus der Verwendung dieses Begriffs lassen sich folglich keine eindeutigen Schlüsse auf die Voraussetzungen für eine Misstrauensvotum oder die Ausgestaltung des parlamentarischen Verfahrens ziehen. Der Gerichtshof irrt daher in seiner Gleichsetzung des Verfahrens der Misstrauensabstimmung mit einem justizförmigen Verfahren. Die Argumentation des Gerichtshofs führt zu einer Vermischung der grundsätzlich unterschiedlichen justizförmigen und parlamentarischen Verfahren zur Kontrolle der Regierung. Dieser Irrtum des Gerichts und die fundamentalen Unterschiede zwischen beiden Verfahrensarten werden besonders deutlich bei einer Betrachtung der Besonderheiten und Ursprünge der parlamentarischen Verantwortung der Regierung sowie der parlamentarischen Kontrollbefugnisse gegenüber der Regierung als deren Spiegelbild, zu denen auch das Misstrauensvotum gehört. Bei dieser Betrachtung wird in Ermangelung afghanischer rechtswissenschaftlicher Literatur und Rechtsprechung in erster Linie rechtsvergleichend vorgegangen.

aa. Die Unterschiede zwischen justizförmigen und politischen Verfahren zur Kontrolle der Regierung

Die Verantwortlichkeit der Regierung und ihrer Mitglieder gegenüber dem Parlament beschreibt zunächst einen formellen Prozess, durch welchen die Mitglieder

⁴² Übersetzung von Gholam Djelani Davary zu finden unter <http://www.mpil.de/shared/data/pdf/verf_dt3.pdf> (letzter Besuch 15. Dezember 2007).

⁴³ Vgl. die Übersicht im Rechtswörterbuch Persisch-Englisch (*farhang-e hoquqi*), Herausgegeben vom Amt des Präsidenten der Republik, Abteilung für Evaluation, Ausarbeitung und Korrektur von Gesetzen und Verordnungen, Teheran 1383 (2005), 114.

der Regierung aufgefordert sind, ihre Handlungen oder Unterlassungen gegenüber dem Parlament zu rechtfertigen.⁴⁴ Entscheidend ist dabei der Inhalt dieser Verantwortlichkeit, also die Frage, für welche Handlungen und Unterlassungen die Regierung dem Parlament Rede und Antwort zu stehen hat. Bereits der absolutistische Staat kannte insofern eine Verantwortlichkeit seiner Beamten, als diese für die Rechtmäßigkeit ihrer Handlungen persönlich hafteten; dabei stand noch ganz im Vordergrund die Frage der Rechtmäßigkeit der Handlung und der Schutz des Einzelnen vor Übergriffen durch die Beamten des Herrschers.⁴⁵ Die ältere Form der Anklage wegen eines politischen Handelns, welche in der Regel mit rechtlichen Sanktionen bewehrt war und auf eine gerichtliche Strafe wegen bestimmter Delikte zielte, leitete sich aus einer solchen rein rechtlich verstandenen Verantwortung ab, welche an die Verletzung eines Katalogs von Pflichten gebunden war.⁴⁶ Eine Verurteilung durch das Parlament in diesem Sinne kannte das Recht des Vereinigten Königreiches in der Form der *Bill of Attainder*.⁴⁷ Dabei bezog sich diese Verantwortlichkeit zunächst nur auf die Berater und nicht auf den Herrscher selbst. Zwar war auch der mittelalterliche und frühneuzeitliche König an Recht gebunden, wie es beispielweise im Krönungseid beschworen wurde, dies bezog sich aber nur auf eine Verantwortlichkeit vor Gott, nicht jedoch vor einer irdischen Instanz.⁴⁸ Erst im Laufe des 18. Jahrhunderts entwickelte sich aus diesen frühen Formen der Verantwortlichkeit und der Mechanismen zu ihrer Durchsetzung eine eigentlich politische Verantwortung, die auf den Kern der politischen Entscheidung abzielte und als deren Ergebnis Institute wie das Misstrauensvotum entstanden. Für die Heraustrückbildung einer politischen Verantwortlichkeit entscheidend war dabei der Wandel des Staatsverständnisses hin zu der Vorstellung einer auf den Konsens der Bürger gegründeten Herrschaft, in der alle Personen, die öffentliche Macht ausüben, egal ob in Legislative oder Exekutive, nur eine delegierte und begrenzte Macht im Auftrag der Bürger innehaben.⁴⁹ Eine erste klare theoretische Unterscheidung zwischen einer strafrechtlich und damit rein rechtlich verstandenen Verantwortung und der neueren Art der politischen Verantwortlichkeit findet sich bei Alexander Hamilton im *Federalist*, wenn dieser ausführt: *“Responsibility is of two kinds, to censure and to punishment. The first is the most important of the two;*

⁴⁴ Vgl. Andrew Le Sueur, in: David Feldman (Hrsg.), *English Public Law*, 2004, 231; vgl. ferner Meinhard Schröder, *Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 2005, 1155 f. Rn 51 auch 1155 f. Rn 58; auch Klaus Kröger, *Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, 1972, 6.

⁴⁵ Ulrich Scheuner, *Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung*, in: ders., *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, 299 f.

⁴⁶ *Ibid.*, 299 f.; derartige Verfahren finden sich zuerst in der Verfassungstradition des Vereinigten Königreiches. Vgl. dazu im Detail William R. Anson, *Law and Custom of the Constitution*, 1922, 384 f.

⁴⁷ Anson, *ibid.*, 384 ff.

⁴⁸ Auch wenn aus einem Bruch fundamentaler Rechte durch den König ein Widerstandsrecht abgeleitet wurde. Vgl. Grote (Anm. 3), 269 ff., 272.

⁴⁹ Scheuner (Anm. 45), 300.

*especially in an elective office. Men in public trust will oftener act in such a manner as to render them unworthy of being any longer trusted, than in such a manner as to make them obnoxious to legal punishment.*⁵⁰ Der Amtsverlust, welcher im Rahmen der politischen Verantwortlichkeit als letzte und schwerste Sanktion droht, unterscheidet sich dabei klar von jeder Strafe im strafrechtlichen Sinne. Eine Vorreiterrolle bei der Etablierung einer politischen Verantwortlichkeit der Regierung kam dem Vereinigten Königreich zu.⁵¹ Im kontinentalen Europa ließ die Etablierung der politischen Verantwortlichkeit der Regierungen dagegen länger auf sich warten und wurde in Deutschland vollständig erst durch die Weimarer Reichsverfassung erreicht.⁵² Für die repräsentative Demokratie und ihre Idee einer Machtausübung in Stellvertretung des Volkes ist die Verantwortlichkeit gerade auch für politisches Handeln konstituierend und unverzichtbar. Auch die politische Verantwortlichkeit ist zwar insoweit rechtliche Verantwortung, als sie durch rechtliche Vorschriften begründet wird. Ihr Inhalt und Maßstab ist jedoch kein ausschließlich, ja nicht einmal ein primär rechtlicher, sondern beinhaltet gerade auch die Zweckmäßigkeit und die wirksame Wahrnehmung des Gemeinwohls durch den oder die Verantwortlichen.⁵³ Die so verstandene politische Verantwortlichkeit kennzeichnet insoweit ein letztlich nicht justiziables Moment.⁵⁴ Daher ist ihre Geltendmachung auch nicht vor einem gerichtlichen Gremium möglich, welches zwar die Rechtmäßigkeit einer Handlung beurteilen kann, nicht aber ihre Zweckmäßigkeit. Die Verfahren zur Geltendmachung der politischen Verantwortung zeichnen sich vielmehr gerade durch das Fehlen einer dritten Instanz aus, kann doch die Frage der Zweckmäßigkeit einer Handlung nur zwischen Verantwortlichen und der zur Kontrolle berufenen Instanz selbst geklärt werden.⁵⁵ Bei einem repräsentativen System, welches die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung etabliert, sind dies im politischen Tagesgeschäft auf der einen Seite die verantwortliche Regierung und auf der anderen Seite das Parlament als Vertreter und Repräsentant des Volkes, dem die Regierung Rede und Antwort zu stehen hat. Der Verantwortlichkeit der Regierung steht damit spiegelbildlich ihre parlamentarische Kontrolle gegenüber.⁵⁶ Das Parlament beziehungsweise die parlamentarische Opposition verfügt über zahlreiche Mittel, diese Kontrollfunktion auszu-

⁵⁰ Alexander Hamilton, *The Federalist or, the New Constitution*, Oxford 1987, Brief Nr. 70, 362.

⁵¹ Anson (Anm. 46), 384 ff.; Albert V. Dicey, *Law of the Constitution*, 1948, 402 ff.; Roland Kleinhenz, *Königtum und parlamentarische Vertrauensfrage in England*, 1991, 150 ff.

⁵² Scheuner (Anm. 45), 301 ff.; Fritz v. Bieberstein, *Die Verantwortlichkeit der Reichsminister*, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, 1930, 521 ff.

⁵³ Schröder (Anm. 44), 1152 f. Rn 51 auch 1155 f. Rn 58; zur Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919, v. Bieberstein (Anm. 52), 533.

⁵⁴ Scheuner (Anm. 45), 305.

⁵⁵ Vgl. zur Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919, v. Bieberstein (Anm. 52), 535.

⁵⁶ Vgl. Roman Herzog, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Artikel 62 Rn 86; Schröder (Anm. 44), 1152 f. Rn 51 auch 1152 Rn 51.

üben, welche sich zum großen Teil auch in der afghanischen Verfassungsordnung finden; dazu gehören auch die Institute der Interpellation und des Misstrauensvotums. Die Wirkung der parlamentarischen Kontrolle und damit der Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament besteht dabei weniger in der Androhung rechtlicher Sanktionen als in der Auswirkung einer erfolgreichen Kritik an der Regierungsarbeit auf die öffentliche Meinung und damit auf die Wahlentscheidung der Staatsbürger, wenn sich die Verantwortlichkeit sowohl von Exekutive als auch von Legislative diesen gegenüber in Wahlen manifestiert.⁵⁷

Neben der politischen Verantwortlichkeit und ihrer Kontrolle durch das Parlament hat sich als Relikt der älteren, rein rechtlich verstandenen Verantwortung für politisches Handeln in zahlreichen Verfassungen⁵⁸ das Institut der Anklage des Staatsoberhauptes beziehungsweise der Minister durch das Parlament vor einer speziellen Instanz erhalten, bei welcher es sich in der Regel um ein besonderes Gericht oder zumindest eine gerichtsähnliche Instanz handelt. Kennzeichnend für derartige Verfahren der Ministeranklage oder des *impeachment*, wie diese im englischsprachigen Raum genannt wird, ist der Inhalt der Verantwortlichkeit, welcher hier ausschließlich an die Verletzung eines Katalogs rechtlicher Pflichten anknüpft und sich auf Verletzungen von Gesetzen beziehungsweise der Verfassung beschränkt.⁵⁹ Diese sind daher streng von der politischen Kontrolle der Regierung, wie etwa dem Institut des Misstrauensvotums, zu unterscheiden. Denn hier steht nicht die Kontrolle der Regierungshandlung durch den Souverän im Vordergrund, sondern der Schutz von Rechten und Kompetenzen vor Übergriffen durch die Exekutive sowie die Gewähr der Verfassung. Charakteristisch für derartige Verfahren ist ihr strafrechtsähnlicher Charakter, welcher sich aus dem strafrechtlichen Ursprung dieses Instituts erklärt,⁶⁰ sowie damit verbunden ihre Justizförmigkeit und die streng formalen Anforderungen an das Verfahren. Auch in der französischen Verfassung der Fünften Republik findet sich eine strikte Trennung zwischen beiden Verfahren. Der französischen Verfassung kommt deshalb besondere Bedeutung für die afghanische Verfassung zu, weil diese die afghanische Verfassung von

⁵⁷ Vgl. zu den Verhältnissen in Großbritannien Le Sueur (Anm. 44), 236; Karl L o e w e n s t e i n, Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien, 1967, 291 ff.; auch Diana W o o d h o u s e, Ministers and Parliament, 1994, 28 ff.; sowie zur Weimarer Reichverfassung vom 11. August 1919, v. B i e b e r s t e i n (Anm. 52), 535.

⁵⁸ Vgl. Artikel 68 der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958 in der Fassung vom 1. März 2005; Artikel 142 der Österreichischen Bundesverfassung; Artikel 61 GG die Anklage gegen den Bundespräsidenten; die Präsidentenanklage Artikel 69 AV; Artikel 2 Sektion 4 der Verfassung der U.S.A. vom 17. September 1787.

⁵⁹ Vgl. S c h e u n e r (Anm. 45), 303; A n s o n (Anm. 46), 384 f.; Vgl. Artikel. 68 der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958 in der Fassung vom 1. März 2005; Artikel 142 der Österreichischen Bundesverfassung; Artikel 61 GG die Anklage gegen den Bundespräsidenten; die Präsidentenanklage Artikel 69 AV; Artikel 2 Sektion 4 der Verfassung der U.S.A. vom 17. September 1787.

⁶⁰ v. B i e b e r s t e i n (Anm. 52), 539; A n s o n (Anm. 46), 384 ff.

1964 stark beeinflusst hat⁶¹ und die Verfassung von 1964 ihrerseits als Vorbild der heutigen Verfassung von 2004 diente.⁶² Während das in Artikel 68 der französischen Verfassung geregelte Verfahren der Anklage des Staatspräsidenten beziehungsweise der Minister nur auf Grund bestimmter strafrechtlicher Delikte erfolgen kann, ist das Verfahren eines Misstrauensantrags gegen die Regierung als Mittel ihrer politischen Kontrolle in Artikel 49 der Verfassung zu finden. Auch die Verfassungen Irans und Pakistans, welche sich wie Afghanistan als islamische Republik bezeichnen, unterscheiden beide eindeutig zwischen den verschiedenen Verfahrenstypen.⁶³

Zu betonen ist allerdings, dass es sich auch bei den Verfahren der Präsidenten- oder Ministeranklage um keine strafrechtlichen Verfahren im eigentlichen Sinne handelt. Zwar bildet hier wie dort eine schuldhaftes Gesetzesverletzung den Gegenstand des Verfahrens, eine Strafe wird allerdings nicht ausgesprochen, und selbst wenn Rechtsfolgen wie der Amtsverlust eintreten, haben diese keinen Strafcharakter.⁶⁴ Über eine Strafe wird vielmehr regelmäßig erst in einem anschließenden Gerichtsverfahren entschieden, für welches häufig besondere Gerichte vorgesehen sind.⁶⁵ Auf Grund ihrer besonderen Charakteristika haben derartige justizförmige Verfahren für einen Erfolg regelmäßig hohe Hürden zu nehmen. Dies hat dazu geführt, dass sie spätestens seit der Etablierung einer politischen Verantwortlichkeit der Regierenden gegenüber dem Parlament in den jeweiligen Rechtsordnungen nur noch äußerst selten zum Einsatz gekommen sind und sich neben den politischen Verfahren der parlamentarischen Kontrolle als weitgehend bedeutungslos erwiesen haben.⁶⁶

⁶¹ Grote (Anm. 40), 897; Ramazan Bachardoust, Afghanistan – Droit constitutionnel, histoire, régimes politiques et relations diplomatiques depuis 1747, 2003, 81 f.; Ralph Magnus, The Constitution of 1964, in: Louis Dupree/Linette Albert (Hrsg.), Afghanistan in the 1970s, 1974, 56.

⁶² Grote (Anm. 40), 903 ff.

⁶³ Die iranische Verfassung sieht in Artikel 135 die Möglichkeit für ein Misstrauensvotum gegen die Minister und in Artikel 89 Abs. 2 gegen den Staatspräsidenten vor. Die Möglichkeit eines solchen Votums hängt dabei nicht von der Verletzung eines Kataloges von Pflichten ab, sondern ausschließlich vom Verlust des Vertrauens des Parlaments. Dagegen ist ein der Präsidentenanklage nachempfundenen Amtsenthebungsverfahren, welches von einer Amtspflichtverletzung des Präsidenten abhängig ist, nur nach einer Anklage vor dem Obersten Gerichtshof und einer Bestätigung durch den Revolutionsführer möglich. In Pakistan ist die Möglichkeit eines Misstrauensantrages gegen den Premierminister in Artikel 95 der Verfassung geregelt, wobei auch hier keine Pflichtverletzung erforderlich ist. Das Institut der Präsidentenanklage dagegen ist in Artikel 47 der Verfassung geregelt und ist nur zulässig, wenn sich dieser der Verletzung der Verfassung oder einer anderweitigen schwerwiegenden Pflichtverletzung schuldig gemacht hat.

⁶⁴ Vgl. v. Bieberstein (Anm. 52), 539.

⁶⁵ Vgl. etwa Artikel 68 der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958 in der Fassung vom 1. März 2005.

⁶⁶ Vgl. zum Vereinigten Königreich Anson (Anm. 46), 384 f. so hat seit 1805 kein Impeachmentverfahren im Vereinigten Königreich mehr stattgefunden; Dicey (Anm. 51), 327; vgl. dazu auch Kleinhenz (Anm. 51), 150; zur Lage im Deutschland des 19. Jahrhunderts v. Bieberstein (Anm. 52), 523 dort Fn 8.; mit ausführlicher Kritik dieses Instituts Kröger (Anm. 44), 159 ff.

bb. Die Misstrauensabstimmung als parlamentarisches Verfahren

Im Hinblick auf diese Überlegungen ist die Annahme der Justizförmigkeit des Verfahrens der Misstrauensabstimmung gegen einen Minister durch den Obersten Gerichtshof aus mehreren Gründen fehlerhaft. Erstens verwechselt das Gericht dabei die grundsätzlich verschiedenen Arten einer justizförmigen und einer politischen Geltendmachung der Verantwortung der Regierungsmitglieder. Auch die afghanische Verfassung kennt diese beiden verschiedenen Verfahrensarten. So stellt die Anklage des Staatspräsidenten durch das Unterhaus wegen einer Straftat vor der Großen Ratsversammlung (*Loya Jirga*) gemäß Artikel 69 AV ein justizförmiges Verfahren dar, bei welchem der Präsident sich gegenüber einer dritten Instanz wegen einer Straftat zu verantworten hat. Eine Misstrauensabstimmung gegen einen Minister nach Artikel 92 AV ist dagegen ein typisches Mittel zur Kontrolle der politischen Verantwortlichkeit, welches sich gerade durch das Fehlen einer dritten Instanz und damit auch der Justizförmigkeit auszeichnet. Durch die Verfassungsinterpretation des Obersten Gerichtshofes droht die politische Kontrolle durch das Parlament die oben erwähnten Schwächen der justizförmigen Verfahren zu teilen und dadurch wesentlich an Effektivität einzubüßen. Der Versuch des Gerichts, die parlamentarische Kontrolle der Regierung justizförmig auszugestalten, stellt daher eine Bedrohung für die effektive Kontrolle der Minister durch das Parlament dar, da sich justizförmige Verfahren, wie oben ausgeführt wurde, auf Grund ihrer streng formalen Voraussetzungen in zahlreichen Rechtsordnungen als ineffektiv zur Kontrolle der Regierung erwiesen haben. Zwar sieht die afghanische Verfassung einen besonderen Ablauf des Verfahrens einer Misstrauensabstimmung vor und etabliert auch besondere Voraussetzungen für ein entsprechendes Votum, daraus ergibt sich aber noch keine Justizförmigkeit des Verfahrens, ist doch der Beurteilungsmaßstab in diesen Verfahren kein primär rechtlicher. Hier liegt ein weiterer Grund für die Fehlerhaftigkeit der Gleichsetzung der Misstrauensabstimmung mit einem justizförmigen Verfahren durch den Obersten Gerichtshof. Denn dadurch droht die Verrechtlichung der eigentlich politischen Verantwortung der afghanischen Regierung gegenüber dem Unterhaus. Die afghanische Verfassung statuiert die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Unterhaus in den Artikeln 69 Abs. 1 und 77 Abs. 2 AV. Dabei bezieht sich erstere Bestimmung auf die Verantwortlichkeit des Staatspräsidenten und letztere auf die der Minister. Dass es sich dabei um eine politische Verantwortung handelt, wird besonders in Artikel 66 AV hinsichtlich des Staatspräsidenten deutlich. Diese Regelung legt fest: "Der Staatspräsident orientiert sich bei der Ausübung der in dieser Verfassung verankerten Befugnisse am Wohl des afghanischen Volkes." Die Verantwortlichkeit des Staatspräsidenten gegenüber dem Unterhaus aus Artikel 69 Abs. 1 AV bezieht sich damit nicht nur auf die Einhaltung der Gesetze, sondern auch auf die wirksame und zweckmäßige Wahrnehmung der Belange des Gemeinwohls. Allerdings verfügt das Unterhaus gegenüber dem Staatspräsidenten nur über sehr eingeschränkte Kontrollbefugnisse. Gegenüber den Ministern etabliert die afghanische Verfassung hin-

gegen das übliche Repertoire der Kontrollmittel eines parlamentarischen Systems.⁶⁷ Beispielhaft sei auf die Möglichkeit einer Befragung der Minister nach Artikel 93 AV, auf das Recht des Unterhauses zur Einsetzung von Untersuchungsausschüssen nach Artikel 89 AV sowie auf die Möglichkeit einer Interpellation und eines anschließenden Misstrauensvotums des Unterhauses gegen einen Minister nach Artikel 92 AV verwiesen. Da sich die politische Verantwortlichkeit gerade auch auf die Zweckmäßigkeit des Regierungshandelns bezieht und sich ihre Kontrolle daher, wie oben dargelegt, durch ein nicht justiziables Moment auszeichnet, müssen die Bewertungsmaßstäbe der Verfahren zur Kontrolle dieser Verantwortung Zweckmäßigkeitserwägungen einbeziehen. Sie sind folglich ebenfalls nur eingeschränkt justiziabel.

Wenn der Gerichtshof nun das Verfahren der Interpellation und der Misstrauensabstimmung als typische Formen der politischen Kontrolle der Regierungsglieder durch das Parlament in das Korsett eines gerichtsähnlichen Verfahrens mit objektivem Prüfungsmaßstab zwingen will, so verkennt er die grundsätzlichen Unterschiede zwischen einer ausschließlich an die Verletzung eines Katalogs von Pflichten gebundenen rechtlichen Verantwortlichkeit und der politischen Verantwortlichkeit. Dabei ist zusätzlich zu bedenken, dass, wie bereits erwähnt, dem Unterhaus durch die afghanische Verfassung nur sehr eingeschränkte Kontrollbefugnisse gegenüber dem Präsidenten eingeräumt werden. Für seine Amtsführung vermag es den Präsidenten nur durch eine Präsidentenanklage nach Artikel 69 AV direkt zur Verantwortung zu ziehen. Eine solche kann nicht auf Grund einer als mangelhaft empfundenen Amtsführung des Präsidenten, sondern nur wegen einer Straftat eingeleitet werden. Da der Präsident dem Unterhaus gegenüber zwar politisch verantwortlich ist, dem Unterhaus ihm gegenüber aber nur eingeschränkte Mittel zur Kontrolle dieser Verantwortlichkeit zur Verfügung stehen, kann man daher von einer gewissen Asymmetrie der parlamentarischen Kontrolle der Regierung im Vergleich zu deren Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament sprechen. Die Kontrollrechte des Unterhauses gegenüber den Ministern sind dagegen wie erwähnt sehr viel stärker ausgeprägt als gegenüber dem Präsidenten. Auf Grund der Asymmetrie zwischen der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung und ihrer Kontrolle durch das Parlament, kommt dessen Kontrollbefugnissen gegenüber den Ministern besondere Bedeutung zu, um diesem eine effektive Kontrolle der Regierungspolitik und damit indirekt auch des Präsidenten zu ermöglichen. Die Interpretation des Gerichtshofs führt zu einer weiteren Verstärkung dieser in der afghanischen Verfassung angelegten Asymmetrie, da durch sie zumindest bezüglich der parlamentarischen Misstrauensabstimmung die politische Kontrolle in eine rein rechtliche umgewandelt würde, als deren Maßstab nur noch die Verletzung bestimmter rechtlicher Pflichten dienen würde. Anstatt die nur rudimentär gegebene parlamentarische Kontrolle des Staatspräsidenten mittels der Kontrolle der Minister zu stärken, führt die vom Gericht vertretene Interpretation zu einer Anpassung des Maßstabes der parlamentarischen Kontrollbefugnisse

⁶⁷ Vgl. Grote (Anm. 40), 905 f.

durch das Misstrauensvotum an den Maßstab der Präsidentenanklage nach Artikel 69 AV. Der Gerichtshof schwächt damit die Möglichkeiten der parlamentarischen Kontrolle der Regierung durch das Misstrauensvotum erheblich. Die beobachtete Asymmetrie zwischen der Verantwortung der Regierung und der parlamentarischen Kontrolle dieser Verantwortlichkeit droht damit weiter zuzunehmen.

Daher ist die vom Gerichtshof vertretene Notwendigkeit einer objektiven und umfassenden Kontrolle des Verfahrens auf Grund der mit dieser Interpretation verbundenen Annäherung des politischen Verfahrens zur Geltendmachung der Ministerverantwortlichkeit an ein justizförmiges Verfahren und der damit verbundenen erheblichen Schwächung der Möglichkeiten parlamentarischer Kontrolle der Regierung abzulehnen.

c. Eine Pflichtverletzung als Voraussetzung eines Misstrauensvotums ?

Die Forderung einer Pflichtverletzung als Voraussetzung für ein Misstrauensvotum erscheint aus der Argumentation des Gerichts heraus als konsequent. Denn dieses sieht das parlamentarische Verfahren einer Misstrauensabstimmung als ein gerichtsähnliches Verfahren an, welches der objektiven Untersuchung des Verhaltens eines Ministers dienen soll. Ein solches Verfahren kann sich naturgemäß nur an der Verletzung eines Kataloges an Pflichten orientieren, nicht aber an der politischen Zweckmäßigkeit einer Handlung oder eines Unterlassens. Bei der Analyse des Gutachtens des Gerichts zeigt sich, dass das Gericht das Kriterium einer Pflichtverletzung als Voraussetzung für ein wirksames Misstrauensvotum bereits im Rahmen seiner Ausführungen zu der vermeintlichen Gerichtsähnlichkeit des Verfahrens, aus dem Begriff *barrasi kardan* ableitet.⁶⁸ Erst im späteren Verlauf seines Gutachtens führt es ohne zusätzliche Begründung und unter Verweis auf seine vorhergehende Argumentation zu eben jenem Begriff aus, ein sachlicher Grund für ein Misstrauensvotum sei nur bei einer Pflichtverletzung des Ministers gegeben. Da dem parlamentarischen Verfahren einer Vertrauensabstimmung allerdings, wie bereits ausgeführt, kein justizförmiger Charakter zukommt, kann sich aus diesem auch keine Pflichtverletzung als Voraussetzung eines Misstrauensvotums gegen einen Minister ergeben. Eine solche Forderung könnte folglich allenfalls aus der Auslegung des Begriffs des "sachlichen Grundes" in Artikel 92 Abs. 3 AV abgeleitet werden. Eine Pflichtverletzung ist in jedem Fall ein sachlicher Grund für ein Misstrauensvotum. Es stellt sich aber die Frage, ob tatsächlich nur eine Pflichtverletzung einen sachlichen Grund für ein Misstrauensvotum darstellen kann. Dagegen spricht bereits, dass eine derart weitgehende Einschränkung der Kontrollbefugnisse des Parlaments gegenüber der Regierung einer ausdrücklichen Darlegung im Verfassungstext bedurft hätte. Stattdessen spricht der Wortlaut des Artikels 92 Abs. 3 AV aber nur von der Notwendigkeit eines sachlich begründeten Votums. Eine Pflichtverletzung wird nicht erwähnt und ergibt sich auch nicht logisch zwin-

⁶⁸ Gutachten des Obersten Gerichtshofes, S. 4 Nr. 1.

gend aus dem Erfordernis eines sachlichen Grundes. Dieser Begriff schließt vielmehr ausgehend vom Wortlaut zunächst lediglich unsachliche Gründe aus. Eine Entscheidung der Frage, wann ein Grund unsachlich ist und wann nicht, kann aber nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des parlamentarischen Misstrauensvotums erfolgen. In Rechtsordnungen, welche das Verbleiben eines Regierungsmitgliedes im Amt vom Vertrauen des Parlaments abhängig machen, wird dieses Vertrauen grundsätzlich als "freies Geschenk" des Parlaments angesehen, welches dieses jederzeit wieder entziehen kann.⁶⁹ Ein Vertrauensverlust kann seine Ursache daher in einer Pflichtverletzung haben, muss es aber keineswegs. So kann ein Minister etwa allein dadurch das Vertrauen des Parlaments verlieren, dass er es nicht vermag, eine gute Arbeitsbeziehung zum Parlament aufrecht zu erhalten, oder auch dadurch, dass das Parlament seine Politik nicht länger tragen möchte.⁷⁰ Diese Freiheit des Parlaments findet ihre Rechtfertigung im Prinzip der Volkssouveränität, da das Parlament als Repräsentant des Souveräns fungiert.⁷¹ Das Prinzip der Volkssouveränität ist in der afghanischen Verfassung in Artikel 4 Abs. 1 statuiert. Artikel 81 AV legt außerdem fest, dass die Abgeordneten der afghanischen Nationalversammlung und damit auch die Delegierten des Unterhauses Vertreter des gesamten afghanischen Volkes sind. Auch in Afghanistan sind die Kontrollbefugnisse des Unterhauses gegenüber der Regierung damit Ausdruck der Kontrolle des Regierungshandelns durch den Souverän beziehungsweise seinen Repräsentanten. Auch wenn sich die Abhängigkeit der Regierung beziehungsweise in Afghanistan nur der Minister aus dem Prinzip der Volkssouveränität ableitet, bedeutet dies aber nicht, dass die Freiheit des Parlamentes, einem von seinem Vertrauen abhängigen Regierungsmitglied das Misstrauen auszusprechen, nicht durch die Verfassung eingeschränkt werden dürfte. Einschränkungen können beispielsweise erfolgen, um die Stabilität der Regierung zu erhöhen. Entsprechende Einschränkungen der Kompetenz des Parlaments, der Regierung oder einzelnen Mitgliedern sein Vertrauen zu entziehen, finden sich zum Beispiel in Deutschland wie auch in Frankreich.⁷² Auch Artikel 92 Abs. 3 AV, nach welchem ein Misstrauensvotum gegen einen Minister klar, direkt und sachlich begründet sein muss, dient dazu, die Stabilität der Regierung zu erhöhen, indem er Voraussetzungen für ein Misstrauensvotum aufstellt und damit die Freiheit des Unterhauses einschränkt. Um der parlamentarischen Freiheit noch einen ausreichenden Spielraum zu belassen und

⁶⁹ So anschaulich zum Misstrauensvotum gegen einen Minister nach der Weimarer Rechtsverfassung vom 11. August 1919, v. Bieberstein (Anm. 52), 537; vgl. auch hinsichtlich der Verfassung des Vereinigten Königreiches, Anson (Anm. 46), 405; Dicey (Anm. 51), 325; Woodhouse (Anm. 57), 8.

⁷⁰ v. Bieberstein (Anm. 52), 537; Woodhouse (Anm. 57), 8.

⁷¹ Vgl. Kröger (Anm. 44), 11.

⁷² Zum konstruktiven Misstrauensvotum nach Artikel 67 GG siehe BVerfGE 62, 1 ff.; BVerfGE 114, 121 ff.; Schröder (Anm. 44), 1146 ff. Rn 35 ff.; Karl Doehring, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1984, 161 f.; zu den hohen Voraussetzungen eines Misstrauensvotums in Frankreich nach Artikel 49 der französischen Verfassung vgl. Charles Debassch/Jacques Bourdon (u.a.), Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 2001, 977; Dominique Rousseau/Alexandre Viala, Droit Constitutionnel, 2004, 366 ff.

eine effektive Kontrolle der Regierung zu gewährleisten, dürfen die Voraussetzungen für ein Misstrauensvotum allerdings nicht zu eng interpretiert werden. Dies spricht dagegen, einen sachlichen Grund für ein Misstrauensvotum ausschließlich in einer Pflichtverletzung zu sehen. Erstens ist nicht ersichtlich, warum nur durch eine derart enge Interpretation des Begriffs des sachlichen Grundes eine ausreichende Stabilität der Regierung gewährleistet werden könnte, und zweitens droht bei dieser Interpretation eine Annäherung des in erster Linie politischen Verfahrens eines Misstrauensvotums an ein justizförmiges Verfahren und damit verbunden, wie bereits dargelegt, ein Verlust an Effektivität dieses Instituts zur parlamentarischen Kontrolle der Regierung.

Um die Stabilität der Regierung weiter zu erhöhen, könnte man an eine Interpretation des sachlichen Grundes dahingehend denken, dass ein Misstrauensvotum auf einer einheitlichen Begründung beruhen muss. Ähnliche Vorschläge wurden in der Anfangszeit des deutschen Parlamentarismus von Seiten der Staatsrechtslehre erhoben.⁷³ Derartige Ansätze könnten sich auch für die Anfänge des parlamentarischen Systems im heutigen Afghanistan mit seiner Vielzahl verfeindeter und teilweise extremistischer Parteien anbieten. Das Unterhaus wäre bei solch einer Interpretation des sachlichen Grundes gezwungen, seine Gründe für ein Misstrauensvotum offen darzulegen, wodurch Misstrauensvoten durch Mehrheiten aus heterogenen, unter sich verfeindeten Gruppen verhindert werden könnten, welche konträre politische Ansätze verfolgen und sich ohne inhaltliche Übereinstimmungen lediglich in der Obstruktion der Regierungsarbeit einig sind. Andererseits ist aber zu bedenken, dass sich die Situation in Afghanistan dadurch von der Weimarer Republik unterscheidet, dass das afghanische Parlament anders als der damalige Reichstag über keine Möglichkeit verfügt, die Regierung insgesamt zu stürzen, da nur Ministern, nicht aber dem Staatspräsidenten das Misstrauen ausgesprochen werden kann. Auch besteht kein Hindernis, dass der Präsident einen auf Grund eines Misstrauensvotums entlassenen Minister erneut dem Parlament vorschlägt, wenn er dies für eine erfolgreiche Regierungsarbeit notwendig erachtet. Im Hinblick auf diese starke Position des afghanischen Präsidenten als Staatsoberhaupt und Regierungschef und die damit verbundene geringe Wahrscheinlichkeit der Möglichkeit einer totalen Blockade der Regierungstätigkeit durch das Parlament erscheint eine solche Einschränkung der Freiheit des Parlaments daher als nicht erforderlich, gerade auch im Hinblick darauf, die Entwicklung des Parlamentarismus in Afghanistan nicht zusätzlich zu behindern.

Das Kriterium eines sachlichen Grundes in Artikel 92 Abs. 3 AV sollte deshalb, wie es der Wortlaut nahelegt, so interpretiert werden, dass sich aus diesem Begriff lediglich der Ausschluss von Misstrauensvoten aus unsachlichen Gründen ergibt. Als Beispiel für ein unsachliches Misstrauensvotum kann ein Votum dienen, welches auf der Grundlage der ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit eines Ministers ergeht. Diese Interpretation des Artikels 92 AV hat den Vorzug, den politi-

⁷³ Vgl. zu den damaligen Vorschlägen: Richard Thoma, Organisation und Geschäftsformen der Reichsregierung, in: Anschütz/Thoma (Anm. 52), 511.

schen Charakter des Verfahrens einer Misstrauensabstimmung zu erhalten. Die Stabilität der Regierung erscheint dabei ebenfalls als gewährleistet. Dem Gericht würde nach dieser Interpretation, wenn es denn für eine Überprüfung des Misstrauensvotums überhaupt zuständig wäre, lediglich eine Willkürkontrolle obliegen. Eine Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit der Entscheidung des Parlaments kann dagegen keinesfalls Aufgabe des Gerichts sein. Die Entscheidung dieser Frage liegt nach Artikel 92 Abs. 3 AV vielmehr ausschließlich beim Unterhaus. Eine Rolle des Obersten Gerichtshofes als "Revisionsinstanz" für die Entscheidungen des Parlaments als Stellvertreter des Souveräns ist dagegen mit dem Prinzip der Volkssouveränität, wie es in Artikel 4 AV statuiert wird, nicht vereinbar.

Vorliegend kann nicht von einer Unsachlichkeit des Votums ausgegangen werden. Zwar hatte der Minister keinerlei Kontrolle über die Handlung der iranischen Behörden, und wo ein Minister keine Kontrolle oder keine Überwachungsbefugnisse hat, kann auch keine Verantwortlichkeit von ihm erwartet werden.⁷⁴ Als sachlich vertretbar erscheint aber der Vorwurf, die diplomatischen Initiativen des Ministeriums seien nicht ausreichend gewesen. Zwar kann man durchaus geteilter Meinung darüber sein, ob diese Entscheidung inhaltlich richtig war, und in der Tat kommt das Gericht nach seiner Überprüfung des Sachverhalts zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall war. Die Ansicht des Gerichts kann aber nicht ausschlaggebend sein. Dem Gericht kann nämlich allenfalls eine Willkürkontrolle der Entscheidung des Parlaments obliegen, und aus dem Sachverhalt lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Einschätzung des Unterhauses willkürlich und unvertretbar gewesen wäre.

d. Die erste Abstimmung vom 10. Mai 2007

Hinsichtlich der Argumentation des Obersten Gerichtshofs zu der Ungültigkeit der ersten Abstimmung vom 10. Mai 2007 kann keine inhaltliche Bewertung vorgenommen werden, da die vom Gericht als Maßstab seiner Beurteilung angeführte "anerkannte Verfahrenspraxis" des Unterhauses in dem Gutachten nicht dargelegt wird. Jedenfalls ergibt sich aus der Wiederholung der Abstimmung durch das Unterhaus weder zwingend, dass dieses tatsächlich von der Unwirksamkeit der ersten Abstimmung ausging, noch wäre diese Auffassung des Unterhauses ein ausreichender Beweis für die tatsächliche Unwirksamkeit der ersten Abstimmung.

e. Die erneute Abstimmung vom 12. Mai 2007

Hinsichtlich der erneuten Abstimmung vom 12. Mai könnte man zunächst die Frage aufwerfen, ob es sich bei dieser nicht lediglich um eine Wiederholung der ersten Abstimmung gehandelt hat. Dagegen spricht allerdings, dass sich sowohl der der ersten Abstimmung zu Grunde liegende Sachverhalt durch den Rücktritt eines

⁷⁴ Woodhouse (Anm. 57), 27.

betroffenen Ministers geändert hat, als auch, dass eine größere Anzahl von Delegierten, welche bei dieser erneuten Abstimmung ihre Stimme abgaben, an der ersten Abstimmung nicht teilgenommen hatten.

Soweit das Gericht die Zulässigkeit einer zweiten Abstimmung verneint, ist zu differenzieren. Soweit diese damit begründet wird, dass an der Abstimmung am 12. Mai Delegierte teilnahmen, welche der Befragung des Ministers am 10. Mai selbst nicht beigewohnt hatten,⁷⁵ erscheint dies als zutreffend. Artikel 92 AV sieht für das Verfahren eines Misstrauensvotums ein mehrstufiges Verfahren in einem festen zeitlichen Rahmen vor. Demnach ist ein Minister zunächst zur Befragung in das Unterhaus einzubestellen. Erst nach dieser Befragung kann das Unterhaus über ein Misstrauensvotum befinden (Artikel 92 Abs. 2 AV). Dieses zweistufige Verfahren stellt klar, dass ein Misstrauensantrag nur nach der Befragung eines Ministers erfolgen kann. Eine solche Voraussetzung ergibt aber nur dann Sinn, wenn die Delegierten, welche an der Abstimmung teilnehmen, auch an der Befragung selbst teilgenommen haben. Denn nur so können sie sich selbst einen unmittelbaren Eindruck von den Rechtfertigungen des Ministers machen.

Nicht überzeugen können dagegen die Ausführungen des Obersten Gerichtshofes, welche die Möglichkeit einer zweiten Abstimmung kategorisch ausschließen. Soweit der Gerichtshof die Unwirksamkeit der zweiten Abstimmung mit Artikel 65 Abs. 5 der Geschäftsordnung des Unterhauses⁷⁶ begründet, ist seine Argumentation nicht überzeugend. Gegen die Interpretation des Gerichts spricht bereits der eindeutige Wortlaut der Vorschrift. Diese lautet: "Nach der Verkündung des Ergebnisses einer Abstimmung über einen Tagesordnungspunkt, welcher *die Zustimmung des Unterhauses gefunden hat*,⁷⁷ findet keine erneute Debatte über diesen mehr statt." Der Misstrauensantrag fand am 10. Mai aber gerade nicht die notwendige Zustimmung des Unterhauses. Damit kann sich aus der Vorschrift auch nicht die Unzulässigkeit einer zweiten Abstimmung ergeben. Im Übrigen findet sich Artikel 65 im elften Kapitel der Geschäftsordnung, in dem der eigentliche Vorgang der Stimmabgabe der Abgeordneten geregelt ist. Artikel 65 regelt dabei das formelle Verfahren und die Aufrechterhaltung der Ordnung während der Stimmabgabe. Es erscheint daher als nicht überzeugend, aus dieser Bestimmung Vorgaben für folgende Sitzungstage zu entnehmen oder gar die kategorische Unzulässigkeit einer zweiten Abstimmung über ein Misstrauensvotum zu folgern.

Das Gericht möchte die kategorische Unzulässigkeit einer zweiten Abstimmung über ein Misstrauensvotum außerdem darauf stützen, dass die Stimmengleichheit zwischen bejahenden und ablehnenden Stimmen bei der Abstimmung vom 10. Mai zu einer "Annullierung" des Prozesses und zu einem "Freispruch"⁷⁸ des Ministers

⁷⁵ Gutachten des Obersten Gerichtshofes, S. 6 Rn 3.

⁷⁶ Geschäftsordnung des Unterhauses (Anm. 35).

⁷⁷ Hervorhebung durch den Autor.

⁷⁸ Wörtlich spricht das Gericht davon, dass "die Unschuldvermutung (*barâ'at-e zemme*) für den Minister wieder aufleben würde", was ein fragwürdiges Verständnis der strafprozessualen Unschuldvermutung offenbart, welche bis zu einem rechtskräftigen Urteil besteht (Artikel 25 AV) und somit bei einem Freispruch nicht "wieder aufleben" kann.

und damit zu einem "endgültigen Urteil" geführt habe, weshalb eine erneute Abstimmung nicht mehr möglich gewesen sei.⁷⁹ Das Gericht hält die erneute Abstimmung am 12. Mai deshalb für unwirksam, weil es diese mit der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Strafverfahrens vergleicht, das nur zugunsten eines Angeklagten zulässig sei.⁸⁰ Die Analogie zum Strafprozess, welche das Gericht hier anklingen lässt, ist verfehlt. Auf die grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem politischen Verfahren einer parlamentarischen Misstrauensabstimmung und einem justizförmigen Verfahren wurde bereits hingewiesen. Insbesondere ist jede Vergleichbarkeit mit einem Strafverfahren abzulehnen; hier bestehen grundlegende Unterschiede. So fehlt es bei einem Misstrauensvotum schon an einer mit dem Richter im Strafprozess vergleichbaren Instanz. Die Delegierten des Unterhauses sind nicht neutral, wie es ein Richter zu sein hat, sondern im Gegenteil durch ihre politische Zugehörigkeit geprägt. Weiter kann im Rahmen eines Misstrauensvotums auch keine Unschuldsvermutung gelten. Vielmehr ist es Kern der parlamentarischen Verantwortung, dass sich der Minister für seine Amtsführung rechtfertigen muss. Dies bestätigt sich auch in Artikel 92 Abs. 2 AV, sieht diese Regelung doch vor, dass die Volksvertretung die Frage eines Misstrauensvotums erwägt, sofern die abgegebene Erklärung des Ministers "nicht überzeugend ist". Der Minister trägt danach die "Beweislast" und hat die Abgeordneten zu überzeugen, ihm nicht das Vertrauen zu entziehen. Die Situation des Ministers ist folglich in dieser Hinsicht diametral unterschiedlich zu der eines Angeklagten im Strafprozess. Dies zeigt sich auch darin, dass dem Angeklagten in einem Strafprozess nicht wie der Staatsanwaltschaft die staatliche Ermittlungsmaschinerie zur Verfügung steht und er sich damit in einer strukturell schwächeren Position befindet. Im Rahmen eines Misstrauensvotums ist die Situation genau umgekehrt, denn der Minister verfügt regelmäßig über den Apparat seines gesamten Ministeriums, um Vorwürfe des Parlaments zu entkräften. Schließlich spricht gegen eine Analogie zum Strafprozess auch, dass dem Misstrauensvotum jeglicher Strafcharakter fehlt. In einem demokratischen System, welches auf der Souveränität des Volkes beruht, wie es die afghanische Verfassung in Artikel 4 vorsieht, muss ein Politiker jederzeit mit dem Verlust eines politischen Amtes rechnen, wenn dies der Wille des Volkes beziehungsweise seiner Vertreter ist. Dabei handelt es sich im Gegensatz zu einer Kriminalstrafe um keinen Rechtseingriff, denn in einem demokratischen Staatswesen besteht kein Recht auf einen Ministerposten, sondern nur ein Recht auf gleichen Zugang zu einem solchen.⁸¹

⁷⁹ Gutachten des Obersten Gerichtshofes, S. 6 Nr. 4.

⁸⁰ Gutachten des Obersten Gerichtshofes, S. 5 Nr. 2.

⁸¹ Vgl. Artikel 50 Abs. 4 der afghanischen Verfassung: "Die afghanischen Staatsbürger haben auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen nach Maßgabe ihrer Eignung ohne jegliche Diskriminierung Zugang zum Staatsdienst.," vgl. auch Artikel 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966, in Kraft getreten am 23. März 1976, UNTS Vol. 999, 171 ff., BGBl. 1973 II, 1534 ff.

3. Die Rechtswirkung des Gutachtens

Das Unterhaus hat die Bewertung des Falles durch den Obersten Gerichtshof nicht anerkannt. Es stellt sich in diesem Zusammenhang daher die Frage nach der Verbindlichkeit des Gutachtens des Obersten Gerichtshofs.

Der Gerichtshof selbst bezeichnet seine Ausführungen zu dem Fall als Gutachten⁸² und vermeidet jeden Hinweis auf dessen Verbindlichkeit. Bei einem Gutachten handelt es sich, auch wenn dieses von dem Obersten Gericht eines Landes erstattet wurde, nicht um Rechtsprechung dieses Gerichts. Das Gericht entscheidet hier keine Rechtsfrage, sondern äußert wie ein Sachverständiger seine Auffassung zu einer Rechtsfrage. Wirkung kann es wie ein Sachverständigengutachten allein durch die Sachkunde des Gerichts und die innere Überzeugungskraft seiner Argumente entfalten. Einem Gutachten kommt daher keine Rechtswirkung zu.⁸³

Aus der afghanischen Rechtsordnung ergeben sich keine Argumente, welche diesem Befund entgegengehalten werden könnten. Zu einem Organstreitverfahren beziehungsweise einem entsprechenden Gutachten finden sich keine Regelungen in der afghanischen Rechtsordnung. Auch im Rahmen des Normenkontrollverfahrens nach Artikel 121 AV finden sich keine eindeutigen Bestimmungen zur Rechtswirkung und zur Form des von dem Gericht gefundenen Ergebnisses; hier ist jedoch von der Rechtsverbindlichkeit des durch das Gericht gefundenen Ergebnisses auszugehen.⁸⁴ Die Annahme der Rechtsverbindlichkeit einer solchen Entscheidung beruht aber gerade auf den Besonderheiten eines Gesetzes als Gegenstand des Verfahrens und lässt sich daher auf das vorliegende Gutachten nicht übertragen.

Dem afghanischen Unterhaus ist folglich zuzustimmen, wenn es sich an das Gutachten des Gerichtshofes nicht gebunden fühlt. Im Hinblick auf die dargelegten schwerwiegenden Mängel in der Argumentation des Gerichtshofs lässt sich auch nicht von einer inneren Überzeugungskraft des Gutachtens sprechen. Der andauernde Streit um die Rechtmäßigkeit des Misstrauensvotums und seine Rechtswirkung zeigt anschaulich den Bedarf an der Einführung eines gerichtlichen Verfahrens zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen, dessen Bedeutung neben der Weiterentwicklung des Verfassungsrechts gerade darin bestünde, durch eine verbindliche Entscheidung den Rechtsfrieden zwischen den verschiedenen Verfassungsorganen zu sichern.⁸⁵ Ein solches Verfahren sollte allerdings nicht im Wege zweifelhafter Analogien in die Verfassungsordnung eingeführt werden, sondern durch deren ausdrückliche Änderung und die Beteiligung aller für eine solche Änderung zuständigen Organe.

⁸² Gutachten des Obersten Gerichtshofes, S. 1.

⁸³ Vgl. dazu Willi Geiger, Kommentar zu dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, 298. Über die nach § 97 Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung vom 12. März 1951 vorgesehene Möglichkeit eines Gutachtens durch das Bundesverfassungsgericht, welche mit Gesetz vom 21. Juli 1956 (BGBl. I, 662) abgeschafft wurde.

⁸⁴ Grote (Anm. 40), 912.

⁸⁵ Vgl. Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 1, 351 ff., 359; Löwer (Anm. 38), 1298 Rn 10.

4. Zwischenergebnis

Auch wenn das in dem Gutachten gefundene Ergebnis aufgrund der Teilnahme einiger Delegierter an der zweiten Abstimmung am 12. Mai, welche der Interpellation des Ministers am 10. Mai nicht beigewohnt haben, als zutreffend erscheint, leidet das Gutachten insgesamt doch an schwerwiegenden Rechtsirrtümern des Gerichts. Aber auch der Gesamteindruck der Ausführungen des Gerichts ist zu kritisieren. Durch die vom Gerichtshof vertretene Annäherung des grundsätzlich politischen Verfahrens einer parlamentarischen Misstrauensabstimmung an ein justizförmiges Verfahren entsteht die Gefahr, dass die Effektivität der in der afghanischen Verfassung ohnehin nicht besonders stark ausgestalteten parlamentarischen Kontrolle der Regierung beeinträchtigt und damit die bereits sehr mächtige Stellung des Staatspräsidenten und der von diesem geleiteten Exekutive weiter zu Lasten des Parlamentes gestärkt wird. Durch die Interpretation des Gerichts wird die parlamentarische Kontrolle der Minister jedenfalls im Rahmen einer Misstrauensabstimmung auf eine rein rechtliche Kontrolle beschränkt, so dass die bereits bestehende Asymmetrie zwischen der Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Unterhaus und ihrer Kontrolle durch das Parlament weiter verstärkt wird. Insgesamt entsteht bei der Lektüre des Gutachtens der Eindruck, dem Gericht sei es bei seiner Argumentation mehr darum gegangen, die Kompetenzen des Unterhauses gegenüber der Regierung möglichst weitgehend einzuschränken, als eine konkrete Rechtsfrage zu lösen. Als Beleg hierfür mag dienen, dass es der Gerichtshof nicht dabei bewenden lässt, der zweiten Abstimmung am 12. Mai die Gültigkeit abzuspochen, sondern mit fragwürdigen Analogien zum Strafrecht zu begründen versucht, dass es dem Unterhaus überhaupt verwehrt sei, eine zweite Abstimmung über ein Misstrauensvotum vorzunehmen. Zu welch absurden Folgen derartige Analogien führen wird klar, wenn man bedenkt, dass bei Zugrundelegung der Ansicht des Gerichts das Unterhaus bei jedem neuen Misstrauensantrag gegen einen Minister zu prüfen hätte, ob es bereits eine "rechtskräftige Entscheidung" in diesem Fall erlassen hat. Auch wenn das Gericht nach eigener Ansicht vorliegend nur ein Gutachten erstellt hat, hätte ihm eine stärkere richterliche Zurückhaltung gut angestanden, sollte ein Gericht doch niemals etwas entscheiden, was nicht entschieden werden muss.⁸⁶ Gegen dieses Gebot hat das Gericht an zahlreichen Punkten verstoßen. Die Einseitigkeit des Gutachtens des Gerichts erweckt ernsthafte Zweifel an seiner Unabhängigkeit gegenüber der Exekutive. Der afghanische Oberste Gerichtshof hat durch sein fehlerhaftes Gutachten somit die Chance verpasst, sich im ersten verfassungsrechtlichen Rechtsstreit unter Geltung der Verfassung von 2004 als eine von der Exekutive und vor allem vom Staatspräsidenten unabhängige Institution zu erweisen.

⁸⁶ Rüdiger Wolfrum, Vortrag: Rendering a Judgment: Some Insights on the Deliberation of International Tribunals (ICJ/ITLOS), Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 13. November 2007.

IV. Gründe der aufgezeigten Defizite

Im Hinblick auf die grundsätzlich zufriedenstellenden gesetzlichen Vorgaben stellt sich die Frage nach den Gründen für die defizitäre Unabhängigkeit des Obersten Gerichtshofs.

Diese sind in erster Linie in der Geschichte der afghanischen Justiz zu suchen. Ein Blick auf diese zeigt, dass der afghanischen Justiz jede Tradition richterlicher Unabhängigkeit fehlt.^{87 88} Im Gegenteil wurde die Justiz in Afghanistan, auch wenn in den Texten früherer afghanischer Verfassungen ihre Unabhängigkeit erwähnt wurde, traditionell als Teil der Exekutive angesehen.⁸⁹ Die Idee der Unabhängigkeit der Justiz und einer Trennung der verschiedenen Staatsgewalten fand erst durch die Verfassung von 1964 Aufnahme in die afghanische Rechtsordnung.⁹⁰ Die Ausarbeitung dieser Verfassung erfolgte mit dem erklärten Ziel, eine Gewaltenteilung zu etablieren und die Unabhängigkeit der Justiz zu erreichen.⁹¹ Unter der Geltung dieser Verfassung begannen die afghanischen Gerichte zum ersten Mal, eine Eigenständigkeit gegenüber der Exekutive zu entwickeln. Allerdings griff in dem einzigen Fall, welcher zu einem wirklichen Testfall ihrer Autorität hätte werden können, einem Streit zwischen der Exekutive und der Legislative um Haushaltsbefugnisse, der König ein und löste den Streit, bevor es zu einer Entscheidung der Justiz kommen konnte.⁹² Die Ansätze zu einer unabhängigen Justiz, welche sich unter Geltung dieser Verfassung entwickeln konnten, wurden zunichte gemacht, als der Staatsstreich des ehemaligen Premierministers Daoud im Jahre 1973 dieser Verfassung ein Ende bereitete. Die auf diesen Staatsstreich folgenden Jahrzehnte waren vom Wechsel sich gewaltsam ablösender Regime geprägt, die jede Spur richterlicher Unabhängigkeit als Bedrohung für die Durchsetzung ihrer Ideologien verstanden. Symptomatisch für diese Befürchtungen war die Regelmäßigkeit, mit der die verschiedenen "revolutionären" Regierungen als eine ihrer ersten Amtshandlungen den Obersten Gerichtshof abschafften.⁹³ Selbst nach dem Sturz der Taliban war die Politik der Regierung nicht von Enthusiasmus für die Idee richterlicher Unabhängigkeit gekennzeichnet. Beispielsweise waren gerade die

⁸⁷ Ausführlich zur Geschichte der afghanischen Justiz und ihrer Reformen, Moschtaghi (Anm. 15), 531 ff., 535 ff.; Mohammad H. Kamali, *Law in Afghanistan*, 1985, 203 ff.

⁸⁸ Zu der Bedeutung einer Tradition und eines Gefühls für die eigene Unabhängigkeit innerhalb der Justiz vgl. auch Michal Bobek, *The Fortress of Judicial Independence and the Mental Transition of the Central European Judiciaries*, *European Public Law*, Vol. 14 (2008), 99 ff., 107 ff.

⁸⁹ Kamali (Anm. 87), 208; Nighat M. Chishti, *Constitutional Development in Afghanistan*, 1998, 33; Moschtaghi (Anm. 15), 531 ff., 542.

⁹⁰ Kamali (Anm. 87), 208; Grote (Anm. 40), 897.

⁹¹ Magnus (Anm. 61), 54 ff.

⁹² J. Alexander Thier, *Re-establishing the Judicial System in Afghanistan*, CDDRL Working Papers No. 19 (2004), Stanford Institute for International Studies, 1 ff.

⁹³ Ausführlich dazu Mohammad Osman Zhoal, *A Short Glance on the Activities of the Judiciary Organ [sic] of Afghanistan (1357-1368) auf Persisch*, 1990, 19 ff.; Moschtaghi (Anm. 15), 531 ff., 550 ff.; Bachardoust (Anm. 61), 146.

Richter des Obersten Gerichtshofes auch noch nach dem Inkrafttreten der Verfassung von 2004 bis zur Inauguration des Parlamentes und dem damit verbundenen Ende der Übergangszeit ausschließlich vom Wohlwollen des Staatspräsidenten abhängig. Dies zeigte sich darin, dass dieser nach eigenem Ermessen zahlreiche Umstrukturierungen des Gerichtshofes vornahm.⁹⁴ Die in dem untersuchten Gutachten zum Ausdruck kommende defizitäre Unabhängigkeit des Obersten Gerichtshofes lässt sich deshalb nicht durch die aktuelle Rechtslage erklären, sondern ist in der mangelnden Tradition richterlicher Unabhängigkeit sowie in den noch in der Übergangszeit sehr verbreiteten Eingriffen der Regierung in die Zusammensetzung des Gerichtshofes zu suchen.

Das aufgezeigte Auseinanderfallen von Rechtsnormen und Rechtswirklichkeit ist kein neues Phänomen in der Entwicklungszusammenarbeit.⁹⁵ Im Hinblick auf Afghanistan ergeben sich daraus aber besondere Konsequenzen für die zukünftige Entwicklungszusammenarbeit. Erstens ist der westlichen Gebergemeinschaft große Vorsicht bei der Kritik afghanischer Gerichtsurteile oder einzelner Richter anzuraten. So berechtigt Kritik von Seiten der Geberländer inhaltlich sein mag, wie etwa in dem Fall des Gerichtsurteils wegen Apostasie gegen den christlichen Konvertiten Abdul Rahman,⁹⁶ birgt eine solche Kritik, wenn sie mit diplomatischem Druck auf die Regierung einhergeht, doch die Gefahr unzulässiger Einflussnahme von Seiten der Exekutive auf die Justiz und damit einer Verfestigung der diesbezüglichen historischen Erfahrungen der Abhängigkeit der Justiz von der Exekutive. Insbesondere gilt dies, wenn mit der Kritik Forderungen nach der Ablösung einzelner Richter verbunden werden, wie es in der Übergangszeit teilweise erfolgte.⁹⁷ Zweitens sind bestehende Anstrengungen zur Unterstützung der Aus- und Fortbildung der afghanischen Richterschaft weiter aufrechtzuerhalten und wenn möglich zu intensivieren, wobei die Stärkung des Bewusstseins der richterlichen Unabhängigkeit einen Schwerpunkt der Arbeit bilden sollte. Vor allem aber gilt es für Afghanistan und die Geberländer gemeinsam verstärkt Projekte auszuarbeiten, welche zur Unterstützung des Justizaufbaus in Afghanistan speziell auf die Fortbildung der obersten Richter des Landes zielen. Da ein entsprechender Reformwille der Zielgruppe solcher Projekte unverzichtbare Voraussetzung für deren Erfolg ist,⁹⁸ ist bei derartigen Projekten im Hinblick auf die Position der obersten Richter

⁹⁴ Dabei stützte sich der Staatspräsident wohl auf Artikel 159 Nr. 4 der Verfassung nach dem der Regierung in der Übergangszeit bis zur konstituierenden Sitzung der Nationalversammlung die "[D]urchführung von notwendigen Reformen zur Verbesserung der Arbeit der Exekutive und der Justiz" oblag.

⁹⁵ Vgl. Meinecke (Anm. 1), insbesondere 61 ff.

⁹⁶ Vgl. zu diesem Fall im Detail Mandana Knust Rassekh Afshar, *The Case of an Afghan Apostate*, Max Planck UNYB 10 (2006), 591 ff.

⁹⁷ Ein Beispiel hierfür ist die Forderung westlicher Staaten nach Ablösung des ehemaligen Präsidenten des Obersten Gerichtshofs Fazel Hadi Shinwari im Jahre 2005.

⁹⁸ Meinecke (Anm. 1), 64; Wolfgang S. Heinz, *Rechtsberatung in der Entwicklungszusammenarbeit*, in: Helen Ahrens/Detlef Nolte (Hrsg.), *Rechtsreformen und Demokratieentwicklung in Lateinamerika*, 1999, 256 ff., 273.

äußerste Sensibilität gefragt, um nicht den Eindruck zu erwecken, diese würden über ihr eigenes Recht belehrt.

V. Resümee und Ausblick

Auch wenn das Gutachten im Ergebnis akzeptabel ist, so weist die Argumentation des Gerichtshofes doch schwerwiegende Mängel auf und ist ganz überwiegend nicht überzeugend. Die Interpretation der Verfassungsbestimmungen durch den Gerichtshof führt zu einer erheblichen Stärkung der ohnehin bereits sehr starken afghanischen Exekutive gegenüber dem Parlament und scheint insgesamt auch weit mehr von genau diesem Vorsatz getragen zu sein als von dem Motiv, einen Rechtsstreit einer unparteiischen Lösung zuzuführen. In ihrer Gesamtheit erwecken die Ausführungen des Gerichts daher Zweifel an der Unabhängigkeit des Obersten Gerichtshofes gegenüber der Regierung und insbesondere dem Präsidenten. Allerdings scheinen diese Defizite weit weniger in den verfassungsrechtlichen Vorgaben begründet zu sein, welche insgesamt als ausreichend erscheinen, um die Unabhängigkeit der Justiz zu gewährleisten, als vielmehr in der problematischen Vergangenheit der Justiz, welche ein Gefühl richterlicher Unabhängigkeit bis heute nicht hat entstehen lassen. Dabei ist zu beachten, dass die Geschichte der Eingriffe der Exekutive in die Arbeit der Justiz und die Zusammensetzung des Obersten Gerichtshofes nicht mit dem Ende der Talibanzeit ihren Abschluss gefunden, sondern sich auch noch nach deren Ende fortgesetzt hat.

Zukünftige Projekte zur Unterstützung der afghanischen Justiz sollten deshalb vor allem auf die Stärkung der richterlichen Unabhängigkeit abzielen. In diesem Zusammenhang könnten einerseits Rechtsreformen als sinnvoll erscheinen. So könnte man etwa durch Änderungen der Verfassung die Rolle des Parlaments bei der Ernennung der Richter weiter stärken, beispielsweise durch die Einrichtung parlamentarischer Wahlausschüsse.⁹⁹ Grund für eine solche Verfassungsänderung wäre nicht die Erkenntnis, dass das momentane afghanische System ein grundsätzliches Hindernis für richterliche Unabhängigkeit darstellt, sondern die Erwartung, dass eine stärkere Mitwirkung des Parlaments angesichts der historisch bedingten mangelhaften Trennung der Judikative von der Exekutive wohl der entscheidende Impuls dafür sein wird, dass richterliche Unabhängigkeit überhaupt entstehen kann. Auch offenbart der Streit um den Misstrauensantrag und seine Überprüfung die noch immer bestehenden Lücken in der afghanischen Verfassung. So ist weder die Rechtswirkung des Gutachtens des Obersten Gerichtshofes nach Artikel 121 AV eindeutig geregelt, noch existieren Regelungen hinsichtlich eines Organstreitverfahrens. Die noch immer anhaltende Auseinandersetzung zwischen Exekutive

⁹⁹ Vgl. etwa die Regelungen zur Wahl der deutschen Bundesverfassungsrichter in den §§ 5 ff. des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes. Nach diesen werden die Richter des Bundesverfassungsgerichts je zur Hälfte von Bundestag und Bundesrat gewählt. Die vom Bundestag zu berufenden Richter werden dabei von einem Wahlausschuss gewählt, welcher seinerseits nach den Regeln der Verhältniswahl gewählt wird (vgl. § 6 Abs. 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz).

und Unterhaus über das Streitgegenständliche Misstrauensvotum verdeutlicht die Notwendigkeit einer wirklich unabhängigen Instanz zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens bei Konflikten zwischen den Verfassungsorganen. Es ist daher zu bedauern, dass der Oberste Gerichtshof seine Unabhängigkeit in diesem ersten verfassungsrechtlichen Streit zwischen zwei Staatsorganen eher diskreditiert als unter Beweis gestellt hat. Um die Akzeptanz von Entscheidungen im zu regelnden Organstreitverfahren zu erhöhen, könnte es ratsam sein, die Pläne zur Einrichtung eines eigenen Verfassungsgerichtes, welche während der Ausarbeitung der Verfassung zeitweise verfolgt wurden,¹⁰⁰ von neuem aufzugreifen und den Einfluss der Legislative auf die Ernennung der Richter des Verfassungsgerichts zu stärken.

Gerade das vorliegend analysierte Gutachten zeigt aber auch den großen Bedarf an Projekten, welche nicht der Entwicklung neuer Gesetze, sondern der Implementierung des bestehenden Rechts dienen. So erscheinen auch in Zukunft Projekte notwendig, welche darauf abzielen, die Wirksamkeit der bestehenden Regelungen zur Unabhängigkeit der Richter zu erhöhen. Entscheidend muss dabei sein, das Bewusstsein der Richter für die eigene Unabhängigkeit zu schärfen. Dies gilt insbesondere für die Richter des Obersten Gerichtshofs, da Projekte zur Fortbildung dieser Zielgruppe bis heute weitgehend fehlen. Wie die Analyse des Gutachtens zeigt, verfügen die obersten Richter teilweise nicht über ausreichende Kenntnisse des afghanischen Rechts und seiner Prinzipien. Im Hinblick auf das Lebensalter und die Position der Mitglieder des obersten Gerichtshofs muss bei Projekten, welche der Fortbildung dieser Richter dienen, jedoch mit äußerster Sensibilität vorgegangen werden, um den Richtern nicht das Gefühl zu geben, von westlichen Fachleuten über ihr eigenes Recht belehrt zu werden. Erfolg versprechend könnten Projekte sein, welche den gedanklichen Austausch der Richter mit anderen Richtern höherer nationaler oder internationaler Gerichte insbesondere aus anderen islamischen Ländern zum Ziel haben. Diese könnten dazu dienen, durch gemeinsame, kollegiale Diskussion eigene Positionen zu hinterfragen und überkommene Denkmuster aufzubrechen, um ein angemessenes richterliches Berufsethos zu entwickeln, welches das Bewusstsein der eigenen Unabhängigkeit und der damit verbundenen Verantwortung mit umfasst. Um ein funktionierendes Zusammenspiel der Staatsgewalten in Afghanistan zu erreichen, wird es in jedem Fall entscheidend sein, den Einfluss der Exekutive auf die Justiz zu reduzieren und deren Stellung als unabhängige dritte Staatsgewalt neben Exekutive und Legislative auszubauen.

¹⁰⁰ Siehe zu diesen International Crisis Group, Afghanistan Briefing vom 12. Dezember 2003, Afghanistan: The Constitutional Loya Jirga, S. 3; vgl. Said Amir Arjomand, Islam and Constitutionalism since the Nineteenth Century: the Significance and Peculiarities of Iran, in: ders., Constitutional Politics in the Middle East, 2008, 33 ff., 60.

Summary¹⁰¹

Present Problems with Establishing the Rule of Law in Afghanistan – The Advisory Opinion of the Supreme Court on the Motion of Censure in the Lower House Concerning the Foreign Minister

This article identifies existing deficits in the independence of the Afghan Supreme Court and points out a gap in existing development efforts regarding the enhancement of the professional skills of the Supreme Court judges by means of a critical analysis of the advisory opinion of the Afghan Supreme Court of 02 June 2007 on the legality of a vote of censure of the Lower House against the Minister of Foreign Affairs. This opinion of the Court is its first statement on constitutional issues since the establishment of the new Constitution in the year 2004.

The advisory opinion of the court shows significant errors. The first of these errors is the affirmation of the competence of the court, which is derived out of article 121 of the Afghan Constitution. Different to the perception of the Court, there is no basis for its competence in this provision nor in any other provision of the Constitution. Article 121 encompasses the judicial review of laws, legislative decrees and international treaties. A vote of censure cannot be subsumed under any of these terms. Neither is there a possibility for an analogous application of the regulation due to the substantive differences between the review of a law and the case at hand. The erroneous affirmation of the competence of the Court bears the danger of a shift in power from Parliament to the already very powerful executive, since it opens up the possibility for the executive to challenge any decision of Parliament before the Supreme Court, whereas Parliament enjoys no equivalent competence.

Moreover, the Court wrongfully perceives the procedure of the vote of censure to be a judiciary-like procedure similar to an impeachment, which is demonstrated by the formulation used by the Court that the Lower House when issuing a vote of censure acts in its capacity as “a national court”. As a consequence of this view, the parliamentary procedure can fully be reviewed by the Court and a vote of censure is only perceived as being valid if it is based on the neglect of a personal obligation of a Minister. This misperception of the court, which has no basis in the Constitution, intermingles the judicial procedure of an impeachment according to article 69 of the Afghan Constitution with the political instrument of a vote of censure and thereby endangers the effective control of the executive by the Parliament via the latter device. Furthermore, the alleged competence of the Court to review the substantive accuracy of the decision of the Lower House is an outflow of the attempt to establish the Court as a “court of appeal” for parliamentary decisions which is irreconcilable with the principle of democracy as established by article 4 of the Afghan Constitution.

The Court also considers the renewed voting, which took place two days after the first invalid vote. The Court is right in its perception that according to article 92 of the Afghan Constitution, it is a necessary prerequisite for a valid vote that only delegates may take part in the voting who were present during the prior questioning of a Minister. This prerequisite was not fulfilled in the present case. However, the Court was wrong in holding that a sec-

¹⁰¹ Summary by the author.

ond voting on a vote of censure is invalid *per se*. The Court based this finding mainly on an analogy to criminal proceedings since it perceived the second voting as a retrial against an acquitted person, which is inadmissible in criminal proceedings. However, both proceeding are substantially different. Hence, there is no possibility for an analogy.

Although the conclusion that the proceeding of the Lower House breached article 92 of the Afghan Constitution due to the participation of delegates in the second voting who had not been present at the questioning of the Minister is correct, the sum and gravity of the misperceptions of the Court and their consequences for the effectiveness of parliamentary control as well as the lack of any judicial restraint on the side of the Court raise great concern in respect of the independence of the Court from the executive and in particular from the President of the Republic. The reasons for this lack of independence are caused rather by the lack of any tradition of judicial independence in Afghanistan and a history of massive influence of the executive on the affairs of the judiciary, than in the provisions of the constitution, which generally speaking offer an acceptable framework for the achievement of judicial independence. In this regard what seems even more advisable for legal development projects than legal reforms is to enhance the implementation of the constitutional regulations concerning judicial independence by enhancing the awareness for judicial independence within the judiciary and the Supreme Court in particular. Due to the high position of the Supreme Court judges this is an extremely sensitive issue. In order to achieve a transfer of knowledge it is advised that development projects should arrange conferences or seminars with other high-ranking national and international judges, especially from other Islamic countries, to enable the judges of the Supreme Court to meet and discuss constitutional and other legal issues in a collegial atmosphere without having the perception to be taught how to apply their own law.