

nr 3/2010

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

recht (de)kolonisiert

recht & gesellschaft

Betteln in Wien

Dublin in Luxemburg

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Ines Rössl und Joachim Stern

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Der Prozess des Herrn K.

Ronald Frühwirth

In Europa gilt der Grundsatz, dass derjenige Staat für die Prüfung eines Asylantrags zuständig ist, der die Einreise eines/r Asylsuchenden zu verantworten hat bzw in dem ein/e Asylsuchende/r zum ersten Mal das Hoheitsgebiet Europas betrat. Schon bisher führte das dazu, dass Asylsuchende von einem Staat in den nächsten abgeschoben werden und dazu teils monatelang in Schubhaft angehalten werden. In vielen Asylverfahren werden lediglich diese Zuständigkeitsfragen zwischen einzelnen europäischen Staaten behandelt.

Der nicht mehr nur zu Wahlkampfzeiten anklingende, sondern mittlerweile permanente Ruf aus dem Innenministerium nach strengeren Fremdenrechtsgesetzen führt dazu, dass Asylsuchende in Österreich abseits der öffentlichen Wahrnehmung in zunehmendem Maße behördlicher Teilnahmslosigkeit und Willkür ausgesetzt sind. Herr K. ist einer davon:

K. stammt aus Afghanistan. Da er sich nach gewalttätigen Übergriffen durch eine militante Gruppierung seines Lebens dort nicht mehr sicher war, floh er über den Iran und die Türkei nach Europa. Hier angelangt hatte er das Pech, zunächst in Griechenland aufgegriffen zu werden, wo er im Dezember 2008 um Asyl ansuchte. Dort interessierte sich aber niemand dafür. Da er keine Versorgung erhielt und völlig mittellos war, wollte er sein Glück in einem anderen europäischen Staat versuchen. Im Jänner 2009 beantragte er sodann in Österreich die Gewährung von Asyl. Als Willkommensgruß wurde er hier sofort in Schubhaft genommen, wo er zunächst mehr als zwei Monate verbrachte. Freigelassen wurde er, weil er es trotz Mittellosigkeit und ohne Kenntnisse der deutschen Sprache doch noch schaffte, einen Rechtsanwalt mit der Erhebung einer Haftbeschwerde zu betrauen. In Österreich können Schubhäftlinge nämlich auf Anordnung einer Fremdenpolizeibehörde bis zu sechs Monate in Haft angehalten werden, bis zum ersten Mal eine Überprüfung der Haft durch ein Gericht zu erfolgen hat. Den vom Innenministerium zugelassenen BetreuerInnen ist rechtliche Beratung ausdrücklich untersagt.

Die Asylbehörden glaubten K. nicht, dass er in Griechenland keine Chance auf ein faires Asylverfahren habe und wiesen sein Begehren zurück. K. wurde daraufhin im Sommer 2009 nach Griechenland abgeschoben. Nachdem er in Griechenland wiederum in Haft angehalten wurde und man ihm sagte, er müsse das Land verlassen und habe keine Chance auf ein Asylverfahren, begab er sich erneut nach Österreich, in der Hoffnung, man würde ihm nun glauben. In Traiskirchen angekommen wurde er festgenommen und – erneut rechtswidrig – in Schubhaft angehalten. Es wiederholte sich das vorhin Dargestellte: Die Asylbehörden meinten – trotz der Vielzahl an Berichten über den Kollaps des griechischen Asylsystems – in Griechenland würde jede/r Asylsuchende herzlich willkommen geheißen, der Verfassungsgerichtshof konnte keine besondere Bedeutung des Falls erkennen und K. wurde wiederum nach Griechenland abgeschoben.

Dort wiederholten sich die Erlebnisse der bisherigen zwei Aufenthalte: Haft unter unzumutbaren Zuständen (23 Personen in einer Zelle müssen sich vier schmutzige Matratzen teilen), behördliche Aufforderung, Griechenland zu verlassen und Lachen, wenn K. darauf aufmerksam machte, dass man ihn von Österreich nach Griechenland abgeschoben hatte, weil ihn hier ein Asylverfahren erwarte.

K. gelangte erneut im Februar dieses Jahres nach Österreich. Diesmal gab es keine Schubhaft, aber die Innenministerin war stolz darauf, erneut eine Verschärfung der Asyl- und Fremdenpolizeigesetze durchgesetzt zu haben. Die neuen Bestimmungen besagen nun, über K.s neuerlichen Asylantrag müsse gar nicht mehr entschieden werden. Mit der Einbringung eines „Folgeasylantrags“ ist nunmehr erstmals in der Geschichte des österreichischen Asylrechts kein Schutz vor Abschiebung mehr verbunden. Sprich: Die Fremdenpolizeibehörden dürfen nunmehr Personen – in bestimmten Fällen wie dem gegenständlichen – während laufender Asylverfahren abschieben.

Im konkreten Fall führte dies dazu, dass das Bundesasylamt es nicht der Mühe wert fand, überhaupt eine Einvernahme von K. durchzuführen. Er versuchte, die Asylbehörde auf schriftlichem Wege über seine neuerlichen Erlebnisse in Griechenland zu informieren – keine Reaktion. Schließlich drohte erneut die Abschiebung. Nun wehrte sich K. erstmals. Er weigerte sich, freiwillig in das bereitstehende Flugzeug in Richtung Athen einzusteigen. Die Abschiebung wurde nicht durchgeführt. Dafür kam er wieder in Schubhaft. Auch die nächsten zwei Versuche, ihn nach Griechenland abzuschieben scheiterten an seinem Widerstand.

Damit erreichte K., dass die sechsmonatige (!) Entscheidungsfrist des Bundesasylamts ohne irgendeine Amtshandlung abgelaufen war: Er konnte die Säumnis beim Asylgerichtshof bekämpfen. Mehrere europäische Staaten setzen mittlerweile Abschiebungen nach Griechenland von allen Asylsuchenden (etwa Irland und Großbritannien) oder von besonders schutzbedürftigen Personen wie Kindern oder psychisch Kranken (etwa Deutschland, Frankreich oder die Schweiz) aus. Der Asylgerichtshof will von alledem nichts wissen. Zugleich bemühte K. unter Hinweis auf seine drohende Abschiebung weitere Behörden bis zum Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshof. Niemand konnte finden, dass es notwendig wäre, die Abschiebung von K. zumindest solange auszusetzen, bis seine Erlebnisse aus Griechenland gewürdigt werden. Der Verfassungsgerichtshof hielt noch am Tag vor dem nächsten Abschiebetermin fest, dass mit der Abschiebung „kein für [K.] unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.“

Im letzten Moment wurde die Abschiebung dann doch noch abgeblasen. Der von K. angerufene Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg meinte, die Abschiebung könnte zu einer schweren Grundrechtsverletzung führen und verlangte daher deren Aussetzung. Nur am Rande sei erwähnt, dass das Innenministerium dennoch keine Veranlassung sah, die Schubhaft aufzuheben. Erst die erneute Anrufung der Gerichte führte zur Entlassung von K. und zur neuerlichen Feststellung, dass die Haft zu Unrecht aufrechterhalten wurde.

Fälle wie diesen gibt es in Österreich viele. Die meisten Betroffenen kommen aber nie soweit, sich nach Straßburg zu wenden. Es gibt schließlich keine unabhängige Rechtsberatung und keine Verfahrenshilfe für mittellose, der deutschen Sprache nicht mächtige Asylsuchende. Nur wenige schaffen es, Kontakt mit RechtsanwältInnen oder anderen engagierten RechtsberaterInnen herzustellen. Die meisten landen in der Schubhaft, wo sie abseits der Öffentlichkeit beamtshandelt werden – oder eben nicht, wie bei K. Der Asylgerichtshof hat sich in derartigen Fällen als ernstzunehmende Kontrollinstanz längst verabschiedet. Und der Verfassungsgerichtshof beklagt zwar in regelmäßigen Abständen seine hohe Arbeitsbelastung durch Angelegenheiten des Asyl- und Fremdenrechts, wodurch er sich der Gefahr ausgesetzt sieht, seinen ureigensten Aufgaben nicht mehr nachkommen zu können, übersieht aber, dass die Wahrung der Grundrechte (auch in Asylverfahren) zu diesen Aufgaben zählt und sich in Österreich eine Behördenpraxis breitmacht, die schwere Grundrechtsverletzungen in Kauf nimmt, ohne dass der Verfassungsgerichtshof korrigierend oder zumindest mahnend eingreifen würde.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Kocher & Bucher in Wien und Graz und Mitherausgeber des *juridikum*; r.fruhewirth@kocher-bucher.at

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 241 Der Prozess des Herrn K.
Ronald Frühwirth

merk.würdig

- 246 Studienzeitverzögerung als Schadenersatzfall
*Ein Zynismus der chronischen
Unterfinanzierung österreichischer Universitäten*
Eva Pentz / Sigrid Maurer
- 250 Ein familienpolitischer Vorstoß von links:
Zur aktuellen Debatte über die gleichgeschlechtliche
Ehe und Adoption in Mexiko
Juan Jorge Bautista Gómez

recht & gesellschaft

- 252 § 78 StVO – oder was man damit immer noch macht ...
*Kann „Betteln“ Gegenstand einer
Verwaltungsübertretung nach der StVO sein?*
Barbara Weichselbaum
- 261 Presumption of Compliance, or Obligation to Consider Facts?
*Recent case law on transfers of asylum seekers to Greece
under the Dublin Regulation (Council Regulation (EC) 343/2003)*
John Stanley

tat.sache

- 274 Vorabentscheidungsverfahren und einstweiliger Rechtsschutz
*Zur Pflicht, Abschiebungen nach
Griechenland im Rahmen der Dublin II-VO auszusetzen*
Ronald Frühwirth / Joachim Stern

thema

- 283 Vorwort – recht (de)kolonisiert
Ilse Koza, Judith Schacherreiter und Almut Schilling-Vacaflor
- 287 Between Harmony and Turbulence
*The evolution of Macau Land Law in the “Colonial”
and the “Post Colonial” Context*
Tong Io Cheng
- 300 The Role of Law in Hong Kong’s (De)Colonisation: A Critical Narrative!
Surya Deva
- 311 Rechtssoziologische Interpretationen des Rechtsdiskurses in Lateinamerika:
eine postkoloniale Kritik
Guilherme Leite Gonçalves
- 321 Identitäten, Interkulturalität, Rechtspluralismus und kollektive Rechte
*Tagungsbericht des VII. Internationalen Kongresses des Lateinamerikanischen
Netzwerks für Rechtsanthropologie (RELAJU)*
Judith Schacherreiter
- 326 Zyklen des pluralistischen Konstitutionalismus:
Vom Multikulturalismus zur Dekolonisierung
Raquel Z. Yrigoyen Fajardo

- 333 Citizenship reviewed – The transformation of the constitutional notion in Ecuador
Marco Navas Alvear
- 340 „Bolivarische Revolution“ in Venezuela
Die Misiones als Beispiel für progressive Lösungskonzepte in der Sozialpolitik
Ilse Koza
- 348 Recht als Herrschaftsinstrument: Von „La Pepa“ (1812) zur Strategischen Partnerschaft EU-Lateinamerika-Karibik (2009)
Gernot Stimmer
- 360 The Places of Laws in African colonial and post-colonial struggles: the case of Ghana
Gordon R. Woodman
- nach.satz
- 370 Wa(h)re Schönheit
Nina Eckstein

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394

HerausgeberInnen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Ines Rössl und Joachim Stern

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Eva Schnell
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
e.schnell@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at

Preise:

Jahresabonnement: Euro 55,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Miriam Broucek, Lukas Dvorak, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Konrad Lachmayer, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Alice Wagner

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der Oder), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva

Maria Maier (Wien), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Graz), Beata Verschaegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Wien)

AutorInnen dieser Ausgabe:

Marco Navas Alvear, Tong Io Cheng, Surya Deva, Nina Eckstein, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, Ronald Frühwirth, Guilherme Leite Gonçalves, Juan Jorge Bautista Gómez, Ilse Koza, Sigrid Maurer, Eva Pentz, Judith Schacherreiter, Almut Schilling-Vacaflor, John Stanley, Joachim Stern, Gernot Stimmer, Barbara Weichselbaum, Gordon R. Woodman

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführer: Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien.

Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte.
Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:
Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at
Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at
Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe GutachterInnen ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

Studienzeitverzögerung als Schadenersatzfall

Ein Zynismus der chronischen
Unterfinanzierung österreichischer Universitäten

Eva Pentz / Sigrid Maurer

Die jüngst ergangene Entscheidung des OGH (1 Ob 93/10y) zur Verpflichtung der Universitäten, Studienverzögerungen durch ein ausreichendes Lehrveranstaltungsangebot entgegenzuwirken, kam zu einer bildungspolitisch brisanten Zeit. Während angesichts der miserablen budgetären Situation der Hochschulen selbst Wissenschaftsministerin Karl nicht mehr vor medienwirksamen Drohungen wie der Schließung von Universitäten zurückschreckt¹ und auch sonstige Reformvorschläge surreal anmuten², streut die höchstgerichtliche Entscheidung zusätzlich Salz in zwei hochschulpolitische Wunden: die horrenden Studienbedingungen österreichischer Student_innen und die chronische Unterfinanzierung der Universitäten.

1. Studienzeitverzögerung: universitärer Alltag

Ein Student der Medizinischen Universität Graz, der seit 2004 Humanmedizin studierte, trat im Juli 2005 zur letzten Prüfung des ersten Studienabschnitts an und fiel dabei durch. Beim Zweitantritt im September 2005, also noch vor Beginn des nächsten Semesters, war er erfolgreich, dennoch konnte er sein Studium nicht planmäßig fortsetzen. Denn laut dem damals geltenden Studienplan war die Teilnehmer_innenzahl für Teile des zweiten Studienabschnitts beschränkt. Voraussetzung für die Zulassung zu den Lehrveranstaltungen mit immanentem Prüfungscharakter war die positive Absolvierung des ersten Abschnitts, wobei die Reihung der Student_innen nach dem Zeitpunkt des Abschlusses des ersten Abschnittes und – bei gleichem Abschlussdatum – nach der erreichten Punktezahl erfolgte. Bedingt durch Prüfungstermin und -ergebnis erreichte der Student nur Platz 364 in der Reihung, eine Aufnahme in den zweiten Abschnitt erfolgte in diesem Wintersemester jedoch nur bis zum Platz 328. Damit war ihm für dieses Studienjahr der Zugang zu allen Lehrveranstaltungen mit prüfungsimmanentem Charakter (und damit zu einem erheblichen Teil dieses Studienabschnitts) verwehrt. Er konnte zwar andere Lehrveranstaltungen (bspw. Vorlesungen) aus dem zweiten Studienabschnitt vorziehen, die keine Teilnehmer_innen-

1 Interview mit BM Beatrix Karl im Kurier, 7.9.2010.

2 Georg Winckler, Rektor der Universität Wien, schlug bspw. vor, das erste Studienjahr an die Volkshochschulen auszulagern. Die Presse, 5.9.2010.

beschränkung hatten. Doch selbst wenn er Lehrveranstaltungen vorzog und ansonsten so schnell wie möglich studierte, verzögerte sich dadurch im Ergebnis sein Studienabschluss, und zwar um mindestens ein Semester, in dem er noch 2 Module zu je 5 Wochen zu absolvieren gehabt hätte (bzw ein Modul zu 5 Wochen, wenn er mit Genehmigung des Vizerektorats das andere Praxismodul in die vorlesungsfreien Zeiten im Sommer verlegt hätte). Der Student brachte daraufhin im März 2006 mit Unterstützung der Österreichischen HochschülerInnenschaft (ÖH) Klage gegen die Medizinische Universität Graz und die Republik Österreich ein. Er begehrte die Feststellung, dass ihm die Beklagten für sämtlichen zukünftig entstehenden Schaden haften sollten, der ihm durch die Beschränkung der Student_innenzahl im zweiten Abschnitt entstehen würde. Denn entgegen ihrer Verpflichtung habe die Universität keine Maßnahmen getroffen, um die Verlängerung der Studienzeit der betroffenen 114 Student_innen und damit auch von ihm zu verhindern. Insbesondere habe sie keine Parallellehrveranstaltungen abgehalten und damit gegen § 54 Abs 8 Universitätsgesetz 2002 (UG) verstoßen. Als Schaden machte er die zusätzlichen Lebenserhaltungskosten während der verlängerten Studiendauer, die Studiengebühren und darüber hinaus den Verdienstentgang durch den verspäteten Eintritt ins Berufsleben geltend. Das Gericht erster Instanz unterbrach das Verfahren gegen die Republik zur Klärung der Passivlegitimation der Medizinischen Universität Graz. Diese wurde schließlich mangels privatrechtlichen Verhältnisses zwischen Student_innen und Universität verneint.³

2. Gesetzliche Verpflichtung – aber wessen Verschulden?

Im fortgesetzten Verfahren wiesen die erste und zweite Instanz die Klage ab. Erst vor dem OGH wurde der Revision Folge gegeben und die Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen. Denn anders als die Gerichte erster und zweiter Instanz sah der OGH in § 54 Abs 8 UG nicht nur eine Ordnungsvorschrift für die Universitäten, die einer (angeblich) geringfügigen Verzögerung von 5 Wochen nicht entgegensteht, sondern eine klare gesetzliche Verpflichtung Studienverzögerungen jeden Ausmaßes zu verhindern. Zwar darf die Universität im Curriculum den Zugang zu Lehrveranstaltungen von der Absolvierung anderer Prüfungen abhängig machen und sogenannte „Voraussetzungsketten“ bilden (§ 54 Abs 7 UG), muss aber dafür sorgen, „dass den bei einer Anmeldung zurückgestellten Studierenden daraus keine Verlängerung der Studienzeit erwächst.“ (Abs 8 leg cit). Bei Bedarf sind Parallellehrveranstaltungen anzubieten, allenfalls auch während der vorlesungsfreien Zeiten.

Auch die Argumentation, der Kläger habe seinen verzögerten Studienabschluss selbst zu verantworten, da er ja die relevante Prüfung erst beim zweiten Antritt geschafft hätte, ist

3 OGH 14.8.2007, 1 Ob 142/07z. Bei schuldhafter Schadenszufügung in Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben haftet gem § 49 Abs 2 UG nur der Bund nach den Bestimmungen des AHG. Auch durch das Bezahlen von Studiengebühren entsteht kein privatrechtliches Verhältnis zwischen Universität und Student_innen.

nicht zulässig: Gerade jenen Student_innen, die die allgemeinen Aufnahmekriterien erfüllt haben und dennoch auf ihre Zulassung warten müssen, soll durch die in § 54 Abs 8 UG vorgesehenen Parallellehrveranstaltungen oder Lehrveranstaltungen in den vorlesungsfreien Zeiten die Möglichkeit geboten werden, die Verzögerung zu kompensieren. Warum Student_innen weiter hinten auf der Warteliste stehen, ist dabei nicht relevant.

Da feststehe, dass der Kläger sein Studium unter keinen Umständen in der Mindestzeit beenden könne, kommt der OGH zum Ergebnis, dass das Unterlassen des Anbietens von Parallellehrveranstaltungen durch die Universität klar rechtswidrig ist. Für die Beurteilung des Verschuldens der Universitätsorgane fehlten dem OGH jedoch noch weitere Sachverhaltsfeststellungen, er verwies daher das Verfahren zurück an die erste Instanz – nicht jedoch ohne Richtlinien für die folgenden Erwägungen des Erstgerichts vorzugeben: So muss näher erörtert werden, ob eine zahlenmäßige Beschränkung der Studienplätze tatsächlich – wie von den Beklagten vorgebracht – aufgrund eines Mangels an Patient_innen nötig war, ob zeitgleiche Parallellehrveranstaltungen wegen einer zu geringen (und auch nicht durch Einbeziehung anderer Krankenanstalten vermehrbaren) Anzahl an Patient_innen nicht angeboten werden konnten oder ob dies aus massiven wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar war. Weiters muss geprüft werden, ob in den vorlesungsfreien Zeiten zusätzliche Lehrveranstaltungen möglich gewesen wären, wobei in den Ferienzeiten das Argument beschränkter Patient_innenzahlen schlicht nicht anwendbar sein kann. Sollte sich schließlich ergeben, dass es die Universitätsorgane schuldhaft unterlassen haben ein zusätzliches Lehrangebot zu schaffen, aber genau dieses Angebot dem Kläger zu einem Abschluss in der Mindeststudiendauer verholfen hätte, ist eine Schadenersatzpflicht des Bundes gegeben.

3. Die Folgen?

Im Ergebnis bedeutet dies, dass nach wie vor keine bindende Entscheidung hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs von Student_innen wegen Studienzeitverzögerung vorliegt, dass aber immerhin klargestellt wurde, dass die Universitäten gesetzlich verpflichtet sind durch Voraussetzungsketten entstehende Studienzeitverzögerungen jeden Ausmaßes durch Parallellehrveranstaltungen oder durch ein Lehrveranstaltungsangebot in den vorlesungsfreien Zeiten zu verhindern.

Die derzeitigen Gründe für die fehlenden Lehrveranstaltungen und die daraus resultierenden zahlreichen Studienzeitverzögerungen sind vielfältig. Zum einen verunmöglicht die chronische Unterfinanzierung der Universitäten zusätzliche Lehrangebote, zum anderen erfolgte in den letzten Jahren im Rahmen einer völlig fehlgeleiteten Bologna-Umsetzung eine unnötige Sequenzierung vieler Studienpläne. Student_innen wurden für unfähig erklärt, für sich selbst entscheiden zu können, wann sie welche Lehrveranstaltung machen können und möchten. Daraus resultiert eine extreme Inflexibilität des Studienverlaufs, die Engpässe und Warteschlangen verursacht.

Für den weiteren Verfahrensverlauf ist wohl absehbar, dass sich sowohl der Bund als auch die Universitäten auf die vom OGH angedeuteten massiven wirtschaftliche Gründe als Ursache der Beschränkungen der Student_innenzahl und der daraus resultierenden Studienzeitverzögerung berufen werden, wodurch ein Schadenersatzanspruch der Student_innen mangels Verschulden der Universitätsorgane abgewehrt werden soll. Zynisch ist dabei, dass der Bund damit versucht, sich doppelt aus der Verantwortung zu ziehen: Zuerst verursacht er durch die Unterfinanzierung die Studienzeitverzögerung der Student_innen und windet sich dann mit derselben Unterfinanzierung aus dem Schadenersatzanspruch der Student_innen heraus. Spannend wird die Definition, was denn eine solche massive wirtschaftliche Einschränkung ist. Insgesamt betrifft der laufende Prozess nicht nur die Medizinische Universität Graz. Denn in allen größeren Studienrichtungen sind Beschränkungen beim Zugang zu Lehrveranstaltungen und Wartezeiten für Student_innen mittlerweile Usus, entsprechende Klagen von Student_innen hätten gute Erfolgsaussichten.⁴

Doch auch unabhängig von einem etwaigen Anspruch des einzelnen Klägers gegenüber dem Bund bietet das vorliegende Urteil den Universitäten bereits jetzt starke Argumente für eine bessere Finanzierung der Universitäten, wurde doch immerhin festgehalten, dass diese verpflichtet sind durch ein verstärktes Lehrveranstaltungsangebot Studienverzögerungen zu vermeiden. Ein guter Ansatzpunkt für Budgetverhandlungen – so möchte man meinen. Die ersten Reaktionen aus der Politik und der Österreichischen Universitätenkonferenz waren allerdings bezeichnend: Es wäre eine Katastrophe, hieß es, sollten Student_innen nun wirklich klagen und die Universitäten sich tatsächlich an die Gesetze halten müssen. Sofort folgte der Schrei nach Zugangsbeschränkungen – und das obwohl Österreich laut der aktuellen OECD-Studie Education at a Glance⁵ bei den Studienanfänger_innen 17 %, bei der Akademiker_innenquote 10 % hinter dem OECD-Schnitt liegt. Laut Hochschulplanungsprognose wird die Maturant_innenzahl in den nächsten Jahren noch weiter fallen. Dass Österreich angeblich das Ziel einer 40%igen Akademiker_innenquote bis 2020 verfolgt, scheint dabei niemanden zu stören.

Mag.^a Eva Pentz verfasst derzeit ihre rechtswissenschaftliche Dissertation an der Universität Wien und ist Redaktionsmitglied des juridikum; epentz@gmx.at

Sigrid Maurer studiert Politikwissenschaften in Wien und ist im Vorsitzteam der ÖH Bundesvertretung; sigrid.maurer@oeh.ac.at

4 Die ÖH-Bundesvertretung ruft derzeit Betroffene zur Klage auf; vgl www.oeh.ac.at/klage (4.10.2010).

5 Vgl <http://www.oecd.org/edu/eag2010> (4.10.2010).

Ein familienpolitischer Vorstoß von links: Zur aktuellen Debatte über die gleich- geschlechtliche Ehe und Adoption in Mexiko

Juan Jorge Bautista Gómez¹

Ausgerechnet in Mexiko, einem Land, das als stark machistisch und tief katholisch gilt, fand kürzlich ein außergewöhnlich weitgehender Vorstoß in Sachen gleichgeschlechtlicher Ehe und Adoption statt. Diese Rechtsreformen und die daran anknüpfende politische Debatte sorgten nicht nur in Mexiko für Schlagzeilen und sollen hier kurz zusammengefasst werden.

Dazu ist Folgendes vorzuschicken: Mexiko besteht als repräsentative, demokratische und föderale Republik aus 31 Bundesstaaten und dem Distrito Federal („DF“, Mexiko Stadt). Jede dieser Entitäten ist „frei und souverän“ (Art 40 der mexikanischen Verfassung) und genießt eine weitgehendere legislative Autonomie als etwa die österreichischen Bundesländer. Der DF, eine der größten Städte weltweit, wird seit mehr als zwei Jahrzehnten von der Linken regiert (Partido de la Revolución Democrática PRD, Partido del Trabajo PT, Convergencia), während auf Bundesebene derzeit die Rechte die politische Macht innehat (Partido Acción Nacional PAN).

In ihrer Regierungszeit hat die linke Stadtregierung des DF auf Basis ihrer föderalen Autonomie eine Reihe von gesellschaftspolitischen Rechtsreformen zur Stärkung des persönlichen Selbstbestimmungsrechts mit großer Tragweite vorangetrieben. Ein Beispiel ist das Gesetz über Lebensgemeinschaften aus dem Jahr 2006, das eheähnliche Rechtsformen für gleichgeschlechtliche Paare vorsieht (Ley de Sociedades de Convivencia). Im Jahr 2009 ging der Gesetzgeber des DF noch einen Schritt weiter und beschloss eine (im März 2010 in Kraft getretene) Reform, die das Institut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnete. Kürzlich bejahte eine Gerichtsentscheidung für diese Paare auch die Möglichkeit der Adoption.

Vor dieser Reform war die Ehe als „die Verbindung eines Mannes und einer Frau mit dem Zweck der gegenseitigen Unterstützung und Fortpflanzung“ definiert. Die neue Definition des Zivilkodex des DF lautet folgendermaßen: „Artikel 146. Die Ehe ist eine zwischen zwei Personen frei eingegangene Verbindung mit dem Zweck eine Lebensgemeinschaft zu führen, in der sie sich gegenseitig Respekt als Gleiche entgegenbringen und Unterstützung leisten.“

1 Übersetzt von Judith Schacherreiter.

In Anbetracht dieser Reform brachte der mexikanische Bund (vertreten durch die Bundesstaatsanwaltschaft, Procuraduría Federal de la República, PGR) eine Verfassungsklage ein und argumentierte, dass der Gesetzgeber des DF die Bundesverfassung verletze und gegen das Prinzip des Schutzes der Familie verstoße. Das mexikanische Höchstgericht (Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN) fällte aber in seinen Sitzungen vom 5. und 10. August 2010 eine Entscheidung zu Gunsten der Reformen des DF.

Die Verfassungsklage war nur einer von vielen Versuchen der politischen Rechten (der schon erwähnten PAN, gemeinsam mit der Partido Revolucionario Institucional, PRI), Rechtsreformen, die durch progressive Vorstöße auf normativer Ebene eine gesellschaftliche Öffnung bewirken wollen, zu verhindern. In Bezug auf die Ehe gleichgeschlechtlicher Paare wurden diese Abwehrhaltung und Boykottierungsversuche durch eine von feindseeliger Intoleranz geprägte Reaktion der mexikanischen katholischen Kirche ergänzt. Der Kardinal und Erzbischof von Guadalajara (der zweitgrößten Stadt Mexikos) Juan Salvado Iñiguez, erklärte, dass der Regierungschef des DF den Höchststrichern „Mais gestreut“, sie also bestochen hätte, damit diese seine Reform akzeptieren würden. Denn – so der Kardinal: „Wie kann ein gesundes Verstandesurteil zu dem Ergebnis gelangen, dass man Kinder im Wege der Adoption schwulen und lesbischen Paaren überlässt?“ Diese Aussagen und Anschuldigungen von Seiten der Kirche lösten eine Welle von Kritik aus, die auf die Laizität des Staates und die Trennung von Staat und Kirche pochte. Inhaltlich warf man der Kirche eine respektlose Haltung gegenüber gleichgeschlechtlichen Paaren und ihrem Selbstbestimmungsrecht vor.

Die Stadtregierung des DF rechtfertigte ihre Reform politisch und juristisch mit Argumenten der Gleichheit, der Nicht-Diskriminierung, der Freiheit, dem Selbstbestimmungsrecht und der Beseitigung gesellschaftlicher Ausgrenzung. Es ist kein Zufall, dass es die Linke war, die auf Basis dieser Rechtsprinzipien in Mexiko einen normativen Vorstoß gewagt, und damit wieder einmal eine gesellschaftspolitische Vorreiterrolle eingenommen hat – mit dieser jüngsten Reform nicht nur innerhalb Mexikos.

Juan Jorge Bautista Gómez ist Jurist und Maler, lehrt an der Rechtsfakultät der Universidad Autónoma „Benito Juárez“ de Oaxaca (Mexiko) und schreibt seinen phd an der Universidad Carlos III in Madrid (Spanien)

§ 78 StVO – oder was man damit immer noch macht ...

Kann „Betteln“ Gegenstand einer Verwaltungsübertretung nach der StVO sein?

Barbara Weichselbaum

1. Aktuelles zum rechtlichen Umgang mit BettlerInnen

Betteln war und ist ein brisantes Thema – vor allem in der Bundeshauptstadt Wien. Dies zeigte sich zuletzt an dem im Wiener Landes-Sicherheitsgesetz LGBl 1993/51 idgF (WLSG) verankerten und Anfang Juni 2010 in Kraft getretenen Verbot des „gewerbsmäßigen Bettelns.“¹ Was der Gesetzgeber darunter versteht, ist freilich alles andere als klar: Besonders skurril mutet an, dass selbst die für die entsprechende Novellierung des § 2 WLSG stimmenden Parteien über Trag- und Reichweite dieses neuen Verbotes uneins sind.² Ist sich schon die gesetzgebende Körperschaft über den Gehalt einer von ihr beschlossenen Gesetzesänderung uneinig, so stellt sich naturgemäß umso mehr die Frage, wie die die neue Bestimmung vollziehenden Behörden dem Willen des Gesetzgebers Rechnung tragen können.

Dieses Bettelverbot erscheint vielen so weit gehend, dass es de facto – wie etwa von der Wiener ÖVP – als generelles Bettelverbot qualifiziert wird.³ Mag dies von der Wiener SPÖ auch bestritten werden,⁴ so dürfte jedenfalls ein Faktor dafür sprechen, dass mit einer strengen Auslegung dieser Bestimmung zu rechnen ist: Die schon bisher restriktive Vollziehung un-

1 Siehe § 2 Abs 1 lit a WLSG, in dem neben den Verboten des aufdringlichen, des aggressiven oder des Bettelns als Teilnehmer an einer organisierten Gruppe mit LGBl 2010/25, in Kraft getreten am 5.6.2010, auch das Betteln in „gewerbsmäßiger Weise“ verboten wurde. Gemäß § 2 Abs 1 lit b WLSG war schon bisher ebenso das Betteln mit oder von unmündigen Minderjährigen untersagt.

2 Vgl zur entsprechenden Diskussion insbesondere das Protokoll der 30. Sitzung des Wiener Landtages, 18. WP, 18 ff, abrufbar unter <http://www.wien.gv.at/mdb/ltg/2010/ltg-030-w-2010-03-26-001.htm>; für eine ausführliche Analyse dazu Weichselbaum, Betteln in Wien. Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Einführung des Verbotes des „gewerbsmäßigen Bettelns“, in: Koller (Hrsg), Betteln in Wien (2011, in Druck).

3 Vgl die Wortmeldung des Abg Ulm (ÖVP), Sitzungsprotokoll (Fn 2), 22.

4 Siehe etwa Abg Yilmaz (SPÖ), Sitzungsprotokoll (Fn 2), 23.

terschiedlichster Rechtsgrundlagen, um Betteln als Verwaltungsübertretung zu ahnden.⁵ Eine dieser Bestimmungen, § 78 lit c StVO, die schon in der Stammfassung der Straßenverkehrsordnung 1960 BGBl 1960/159 enthalten war, war erst im Mai 2009 Grundlage für eine Entscheidung der Bundespolizeidirektion Wien, mit der über einen auf dem Gehsteig der Mariahilfer Straße sitzenden Bettler eine Verwaltungsstrafe verhängt wurde. Das Straferkenntnis wurde im Oktober 2009 vom UVS Wien bestätigt.⁶ Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, ob bzw unter welchen Voraussetzungen § 78 lit c StVO überhaupt eine taugliche Rechtsgrundlage für die Bestrafung von auf Gehsteigen bettelnden Menschen darstellen kann.

2. Die StVO als Rechtsgrundlage für die Bestrafung von BettlerInnen?

2.1. Sinn und Zweck des § 78 lit c StVO

Schon ohne die näheren juristischen Hintergründe zu kennen, mögen sich viele fragen, was die Straßenverkehrsordnung mit Betteln zu tun haben kann. Ein Blick auf § 78 StVO verrät immerhin Folgendes:

„§ 78. Verhalten auf Gehsteigen und Gehwegen in Ortsgebieten.

Auf Gehsteigen und Gehwegen in Ortsgebieten ist verboten:

- a) Gegenstände, insbesondere solche, die scharf, spitz oder sonst gefährlich sind, so zu tragen, daß andere Straßenbenützer gefährdet werden können,
- b) blendende Gegenstände unverhüllt zu tragen,
- c) den Fußgängerverkehr insbesondere durch den Verkauf oder die Verteilung von Programmen oder Eintrittskarten vor Theatern und Vergnügungsstätten, durch das Verstellen des Weges, durch das Tragen von Reklametafeln sowie durch den Verkauf von Druckschriften, durch das Mitführen von Tieren oder durch unbegründetes Stehenbleiben zu behindern.“

Der FußgängerInnenverkehr darf somit nicht „behindert“ werden, wobei § 78 lit c StVO nur eine demonstrative Aufzählung enthält. Bei Zuwiderhandeln droht eine Geldstrafe von bis zu 726 Euro.⁷

Zu betonen ist an dieser Stelle, was selbst juristische Laien nicht in Zweifel ziehen würden: Bei den Bestimmungen der StVO handelt es sich um straßenpolizeiliche Regelungen, die nicht dafür gedacht sind, Menschen das Betteln zu verbieten. Juristisch Kundigen ist zusätzlich klar, dass anderenfalls der für straßenpolizeiliche Regelungen bestehende kom-

5 Weiterführend *Koller*, Betteln in Österreich. Eine Untersuchung aus theologisch-ethischer Perspektive, DiplArb 2009, 43 ff, abrufbar unter http://othes.univie.ac.at/4595/1/2009-03-26_0307673.pdf, sowie die bei ihm, aaO, 98 f, wiedergegebene Anfragebeantwortung der Bundespolizeidirektion Wien vom 2.2.2009, aus der sich ergibt, dass BettlerInnen offenbar auch nach § 81 SPG (Ordnungsstörung) bestraft werden.

6 UVS Wien 12.10.2009, UVS-03/P/10/6717/2009-4.

7 Siehe § 99 Abs 3 lit a StVO.

petenzrechtliche Rahmen des Art 11 Abs 1 Z 4 B-VG (Gewährleistung der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs)⁸ überschritten würde. Oder anders gwendet: Wer meint, aus § 78 lit c StVO (auch) ein Bettelverbot herauslesen zu können, würde dem Gesetz einen kompetenzwidrigen Inhalt unterstellen. Dass § 78 lit c StVO nicht zur Bestrafung von auf Gehsteigen sitzenden BettlerInnen intendiert ist, weil das Regelungsziel der Straßenverkehrsordnung ein möglichst konfliktfreier Ablauf des Verkehrsbetriebs und nichts sonst ist, wurde daher auch von *Eisenberger* bereits vor sieben Jahren herausgestrichen.⁹

Es kann hier somit dahingestellt bleiben, unter welchen Kompetenztatbestand ein Bettelverbot fallen kann, dh ob etwa tatsächlich die Länder oder doch der Bund im Rahmen ihrer jeweiligen sicherheitspolizeilichen Kompetenzen dafür zuständig sein könnten oder nicht.¹⁰ Es muss im gegenständlichen Zusammenhang auch nicht der Frage nachgegangen werden, ob Betteln per se überhaupt zum Gegenstand einer Verwaltungsübertretung erklärt werden darf, zumal Bettelverbote nur zum Schutz von Rechtsgütern denkbar sind, die nichts mit den Intentionen des Straßenpolizeirechts zu tun haben.¹¹ Schließlich wäre es zur Auslegung des § 78 lit c StVO auch müßig die Frage zu beantworten, ob eine vom Vorliegen einer Verkehrsbehinderung unabhängige Beschränkung des Gemeingebrauches an Straßen durch BettlerInnen grundrechts-, insbesondere gleichheitswidrig sein könnte, da eine nicht verkehrsbezogene Beschränkung des Gemeingebrauchs nicht unter den Kom-

8 Vgl etwa VfSlg 12.187/1989.

9 *Eisenberger*, § 78 StVO oder was man damit alles machen kann!, juridikum 2003, 73 f.

10 Siehe eine Landeskompetenz im Rahmen der örtlichen Sicherheitspolizei annehmend *Eisenberger*, juridikum 2003, 74; im Sinne von *Eisenberger* auch der die Vollzugspraxis zu § 78 lit c StVO betreffende Enschließungsantrag der Abgeordneten *Lichtenberger, Freundinnen und Freunde* vom 7.5.2003, 124/A (E) 22. GPNR. Dass der Landesgesetzgeber generell zur Erlassung von Bettelverboten zuständig ist, ist jedoch in Zweifel zu ziehen: Hinzuweisen ist hier insbesondere auf VfSlg 11.195/1986, wo der VfGH die Möglichkeit der Subsumtion des Verbots der Landstreicherei unter die örtliche Sicherheitspolizei mit der Begründung verneinte, dass es sich bei der Landstreicherei um ein europaweites Problem handle und sein Verbot damit den Schutz von Rechtsgütern zum Ziel habe, „deren Beeinträchtigung mit den lokalen Verhältnissen offenkundig weder in sachlicher noch in persönlicher Hinsicht notwendig verknüpft ist“. Wenngleich der VfGH rund zwanzig Jahre später – ohne nähere Begründung – in der das Bettelverbot in Fürstenfeld betreffenden Entscheidung VfSlg 18.305/2007 vom „zuständigen Landesgesetzgeber“ sprach, wird man kaum bestreiten können, dass es sich beim Betteln im Allgemeinen ebenfalls um ein europaweites Phänomen handelt, was gegen eine Zuordnung von Bettelverboten zur örtlichen Sicherheitspolizei spricht – dazu näher *Weichselbaum* (Fn 2). Umkehrt muss aber an dieser Stelle auch in Zweifel gezogen werden, dass Betteln – wenn nicht ganz gravierende Begleitumstände gegeben sind – Bestrafungen nach § 81 SPG (wie sie offenbar in Wien – siehe Fn 5 – erfolgen) rechtfertigen kann, da sich diese Bestimmung auf qualifizierte Ordnungsstörungen bezieht: vgl dazu die ausführliche – zahlreiche Judikaturbeispiele inkludierende Darstellung bei *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz – Kommentar³ (2005), 781 ff.

11 Es könnte allenfalls an die Landeskompetenz „Sittlichkeitspolizei“ gemäß Art 15 Abs 1 B-VG gedacht werden, die insbesondere die Grundlage für landesrechtliche Prostitutionsverbote bildet. Hier ist allerdings auch auf den sich im Willen des Bundesgesetzgebers manifestierenden Wertewandel hinzuweisen, der mit dem Strafrechtsanpassungsgesetz BGBl 1974/422 schon vor mehr als drei Jahrzehnten die Bettelei aus dem Katalog gerichtlich strafbarer Handlungen (konkret als Verstoß gegen die Sittlichkeit) ausgenommen hat. Insofern ist mehr als fraglich, ob damit ohne weiteres eine Bestrafung des Bettelns als Verstoß gegen die Sittlichkeit durch die Festlegung einer entsprechenden landesrechtlichen Bestimmung erfolgen dürfte, zumal diese Verstöße – wie sich gerade an Prostitutionsverboten zeigt – eine gewisse sittlichkeitsgefährdende Qualität aufweisen müssen – auch dazu näher *Weichselbaum* (Fn 2).

petenztatbestand „Straßenpolizei“, sondern „Straßenangelegenheiten“ fallen würde.¹² Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass es im gegenständlichen Zusammenhang nur darum gehen kann, ob bzw in welcher Weise bettelnde Menschen den FußgängerInnenverkehr in einer Weise behindern können, dass dies eine Bestrafung nach § 78 lit c StVO rechtfertigt.

2.2. Bisherige Rechtsprechung zu § 78 lit c StVO

Was § 78 lit c StVO betrifft, so ist zunächst augenfällig, dass das Rechtsinformationssystem (RIS), obwohl diese Bestimmung bereits seit rund 50 Jahren in Kraft ist, neben einem kurzen Hinweis auf eine VwGH-Entscheidung zur Behinderung des FußgängerInnenverkehrs durch den auch im Gesetz angesprochenen Verkauf von Eintrittskarten¹³ dazu nur eine Entscheidung des UVS Oberösterreich ausweist.¹⁴ Auch in der umfassenden Kommentierung der StVO durch *Pürstl* finden sich zu § 78 lit c StVO bzw zur ähnlichen Vorgängerbestimmung in § 76 Abs 4 StPolO¹⁵ insgesamt nur drei Entscheidungshinweise,¹⁶ wobei es bei einer dieser Entscheidungen, auf die später noch einzugehen sein wird,¹⁷ vor-dergründig um die Auslegung des § 82 StVO geht. Die weiteren zwei Entscheidungshinweise betreffen die in § 78 lit c StVO und § 76 Abs 4 StPolO ausdrücklich genannten Fälle des Verkaufs bzw Verteilens von Presseerzeugnissen, Kino- oder sonstigen Eintrittskarten sowie des Verstellens des Weges – jeweils ohne dass das Vorliegen einer „Behinderung“ einer näheren Erörterung unterzogen wurde.

Interessant erscheint im gegenständlichen Zusammenhang die ausführlich begründete

12 Straßenangelegenheiten (ohne Straßenpolizei) sind hinsichtlich Bundesstraßen gemäß Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG Bundesdache in Gesetzgebung und Vollziehung, im Übrigen fallen sie nach Art 15 Abs 1 B-VG in die Gesetzgebungs- und Vollziehungszuständigkeit der Länder. Dazu konkret hinsichtlich Gemeingebrauchsregelungen ausführlich VfSlg 12.187/1989 mwN; siehe dazu sowie zur Abgrenzung von Gemeinverträglichkeitsregelungen nach der StVO und nach dem Straßenrecht weiters ausführlich *Lebitsch*, Probleme des Gemeingebrauchs am Beispiel der Benützung von Straßen als Forum der öffentlichen Kommunikation, JBl 1983, 68 ff (77 ff) mwN. Nicht weiter vertieft werden kann an dieser Stelle die in Deutschland herrschende Meinung und Rechtsprechung zum „kommunikativen Verkehr“ im Sinne einer „Inanspruchnahme der Straße durch Personen zum Aufenthalt – gleichgültig aus welchem Grunde – oder zur Fortbewegung“ (so BVerwG vom 7.6.1978 – 7 C 6.78 = NJW 1978, 1933 [1934]). Dazu speziell im Hinblick auf die Straßennutzung durch BettlerInnen *Holzschläger*: Die Unterbindung aggressiven Bettelns als Rechtsproblem, NVwZ 1994, 146 (147 f) mwN; *Hecker*, Die Regelung des Aufenthalts von Personen im innerstädtischen Raum (1998), 44 ff mwN; zur einschlägigen Judikatur *Finger*, Bettel- und Alkoholverbote im Spiegel der Rechtsprechung. Eine Rechtsprechungsübersicht zur Handhabung in ordnungsbehördlichen Verordnungen und straßenrechtlichen Sondernutzungssatzungen, KommJur 2006, 441 (443 ff); zur deutschen Diskussion auch *Lebitsch*, aaO, 80 f. Siehe weiters noch unten in Fn 29.

13 Siehe den nicht weiter erläuterten Rechtssatz zu VwGH 12.9.1963, 1628/1962: „Behinderung des Fußgängerverkehrs durch Verkauf von Eintrittskarten.“

14 UVS Oberösterreich 30.3.1995, VwSen-102635/Br/Bk.

15 Verordnung des Bundesministeriums für Handel und Wiederaufbau im Einvernehmen mit den Bundesministerien für Inneres und für Verkehr vom 27. März 1947 über die Regelung des Straßenverkehrs BGBl 1947/59 (Straßenpolizei-Ordnung – StPolO).

16 *Pürstl*, Straßenverkehrsordnung¹² (2007), § 78, E 3 bis 5; hinzuweisen ist darauf, dass E 1 etwas missverständlich formuliert ist: die angesprochene Entscheidung VfSlg 3505/1959 ist außerdem zur Vorgängerbestimmung des § 82 Abs 1 und nicht der Vorgängerregelung des § 78 lit c StVO ergangen – siehe auch noch unten in Fn 29.

17 Siehe unten bei Fn 25.

Entscheidung des UVS Oberösterreich, in der es darum ging, dass jemand auf einem (offenbar normal breiten) Gehsteig sein Pferd abstellte. Der UVS Oberösterreich entschied zwar, dass der Berufungswerber zu Recht bestraft worden wäre. Er strich jedoch heraus, dass die in § 78 lit c genannten Tätigkeiten „nicht schlechthin, sondern nur dann verboten sind, wenn dadurch der Fußgängerverkehr behindert wird.“ Weiters widmete er dem Umstand Raum, dass das Mitführen von Tieren in der demonstrativen Aufzählung des § 78 lit c StVO ausdrücklich angesprochen ist, nicht jedoch das Abstellen von Pferden, bejahte die Subsumtion unter § 78 lit c StVO jedoch im Hinblick auf Sinn und Zweck dieser Bestimmung letztlich mit deren Platzbedarf. Er nahm – bevor er zum Ergebnis eines Verstoßes gegen § 78 lit c StVO gelangte – auch eine Art Verhältnismäßigkeitsprüfung vor und stellte die Position des Pferdehalters der Position Dritter und ihrem Interesse an der Nutzung des Gehsteiges gegenüber.¹⁸

2.3. Die Entscheidung des UVS Wien im Fall Markus H. im Vergleich

In der nicht im RIS aufscheinenden Entscheidung des UVS Wien zu einem auf dem Gehsteig der Mariahilfer Straße Bettelnden, der gemäß § 78 lit c StVO bestraft wurde, war dies anders. Die Begründung der Behördenentscheidung lautete lapidar:

„Da die erkennende Behörde als erwiesen ansieht, dass insbesondere die ausgestreckten Füße des Berufungswerbers und die am Gehsteig aufgestellte Schale ein Hindernis für den Fußgängerverkehr am Gehsteig darstellte und es auch tatsächlich zur Behinderung des Fußgängerverkehrs gekommen ist, weil diese diesen Hindernissen ausweichen mussten, hat der Berufungswerber die ihm ... zur Last gelegte Verwaltungsübertretung begangen.“

Was macht diese Entscheidung nun so problematisch?

Zuerst fällt auf, dass dem Aspekt der Gehsteigbreite – und damit auch dem relativen Platzbedarf des Bettlers, nämlich selbst mit ausgestreckten Beinen nur rund einen Meter, – überhaupt keine Rechnung getragen wurde:¹⁹ Es wurde mit keiner Silbe auf das Argument des Berufungswerbers eingegangen, dass die Mariahilfer Straße an der betreffenden Stelle ca zehn Meter breit sei.²⁰ Mag eine Bestrafung wegen Verkehrsbehinderung auf einem schmalen Gehsteig allenfalls in Betracht gezogen werden können, so wohl nicht auf einem extrem breiten Gehsteig wie in der Mariahilfer Straße, den der Bettler überdies nur

18 So hielt der UVS Oberösterreich zur Position des Berufungswerbers fest: „Seine subjektive Interessenslage ist wohl durchaus begrifflich. Es mag durchaus ein legitimes Anliegen sein ‚zu Roß‘ einen Lokalbesuch zu unternehmen oder in der Stadt auszureiten. Einem derartigen Individualismus sind jedoch typischerweise durch die Realität eines Ballungszentrums Grenzen gesetzt. Das Interesse an einer möglichst unbeschränkten Freiheit muss jedoch bereits dort enden, wo dadurch gesetzlich geschützte Interessen Dritter (hier der Fußgänger) beeinträchtigt werden. So besehen wurde mit dem Verhalten des Berufungswerbers sehr wohl jenem Zweck zuwidergehandelt, dessen Schutz die hier angezogenen Gesetzesnormen dienen.“

19 Vgl zur Nichtberücksichtigung des vergleichbaren Umstandes, dass in breiten Einkaufsstraßen wie zB der Kärntner Straße gebettelt wird, in Strafverfügungen generell kritisch schon *Koller* (Fn 5), 44.

20 Ob der Gehsteig an besagter Stelle tatsächlich genau zehn Meter breit ist, konnte von der Autorin nicht näher überprüft werden; da sich aus dem Bescheid jedoch nicht einmal ein Hinweis auf Zweifel an dieser Angabe ergibt, wird sie den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt.

an dessen Rand an einer Hausmauer sitzend und somit ohnehin auf den FußgängerInnenverkehr Rücksicht nehmend benutzte, dem auf diese Weise die ganze Zeit über rund 90 % des Gehsteiges zur Verfügung standen.

Die beachtliche „Restbreite“ von rund neun Metern bekommt umso mehr Gewicht, wenn man Festlegungen der öffentlichen Hand zum Thema „Gehsteigbreite“ zu Rate zieht. Diesen zufolge wird nämlich sogar in städtischen Gebieten bzw Ortszentren jedenfalls eine Gehsteigbreite von zwei Metern für das Fortkommen von FußgängerInnen als ausreichend erachtet.²¹ Selbst wenn man die starke FußgängerInnenfrequenz auf der Mariahilfer Straße ins Kalkül zieht, sind sieben zusätzliche Meter doch etwas, dem die Behörde jedenfalls Beachtung hätte schenken müssen, um festzustellen, ob der FußgängerInnenverkehr tatsächlich im Sinne des § 78 lit c StVO „behindert“ sein konnte.

Die Behörde unterließ es weiters, eine genaue Auslegung des eine nur demonstrative Aufzählung beinhaltenden § 78 lit c StVO vorzunehmen. Immerhin hat der Bettler niemandem „den Weg verstellt“, er ist auch nicht irgendwo mitten am Gehsteig „unbegründet stehen geblieben“, sondern saß am Rande des Gehsteiges am Fenstergesims eines Gebäudes. Er bettelte PassantInnen ebenso wenig aggressiv bzw in aktiver Weise an. Daher ist sein Verhalten auch nicht mit den sonst in § 78 lit c StVO genannten Fällen, wie etwa dem Verkauf von Eintrittskarten, vergleichbar, die alle mit einer gewissen Aktivität verbunden sind, die sich auf den FußgängerInnenverkehr behindernd auswirken kann. Das Sitzen am Rande des Gehsteiges lässt sich somit per se nicht mit den in § 78 lit c StVO genannten Fällen vergleichen, sodass es jedenfalls eines verstärkten Begründungsaufwandes der Behörde bedürft hätte um darzulegen, warum sie vermeint, dass sich das Verhalten des Bettlers unter § 78 lit c StVO subsumieren lässt und – ebenso wie die dort aufgezählten Verhaltensweisen – geeignet ist, eine Behinderung anderer FußgängerInnen zu bewirken.

Wie schon zur Gehsteigbreite ausgeführt wurde, ist auch der Umstand, ob es durch das Verhalten des Bettlers zu einer „Behinderung“ der anderen FußgängerInnen gekommen ist, eigens zu prüfen. Unter diesen Begriff wird man nun nicht – wie dies aber offenbar der UVS Wien tut – jegliches Ausweichenmüssen anderer FußgängerInnen subsumieren können, da sonst zB jede Person bestraft werden könnte, die vor einer Geschäftsauslage stehenbleibt, um das dort präsentierte Angebot näher zu betrachten. Dies lässt sich auch an der Systematik des StVO erkennen: Hinzuweisen ist etwa auf § 85 Abs 3 StVO, demzufolge „Inhabern einer Lizenz zur Ausübung der Bettelmusik ... auf Antrag oder von Amts wegen von der Behörde ein geeigneter Platz zur Ausübung dieser Tätigkeit unter Bedachtnahme auf die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs anzuweisen (ist).“ Der Platzbedarf von BettelmusikerInnen, der sicher kein geringerer als der von BettlerInnen ist

21 Siehe zu einer unbehinderten Durchgangsbreite von zwei Metern für Fußgänger/innen den Beschluss des Grazer Gemeinderates vom 3.10.2002, http://www.graz.at/cms/dokumente/10024913_445570/96976ee0/Verkehrsflaechen_Benuetzung_Richtlinien.pdf; vgl zu einer – je nach konkreter Lage – Mindestgehsteigbreite zwischen mehr als 1,50 bzw 2,00 m den Leitfaden des Amtes der Tiroler Landesregierung vom 19.5.2010, 3, abrufbar unter http://www.tirol.gv.at/fileadmin/www.tirol.gv.at/themen/verkehr/service/downloads/LF_Querschnitte_2010-05-19.pdf.

und PassantInnen ebenfalls zum Ausweichen veranlassen muss, stellt daher dieser Bestimmung zufolge offenkundig für sich keine Behinderung des Verkehrs dar, vielmehr wird in den Gesetzesmaterialien die Bewilligungspflicht ausschließlich damit begründet, dass „das Musizieren auf Straßen ... wegen der damit verbundenen Ablenkung der Straßenbenützer geeignet (ist), den Straßenverkehr zu beeinträchtigen“.²²

Ebenso hätte der UVS Wien § 82 StVO (Benützung von Straßen zu verkehrsfremden Zwecken) Beachtung schenken müssen: Dass die Benutzung des Gehsteiges durch den Bettler keine Behinderung im Sinne des § 78 lit c StVO darstellen konnte, kann nämlich im Lichte eines Vergleichs von Lebenssachverhalten auch damit veranschaulicht werden, dass gerade in der Mariahilfer Straße der FußgängerInnenverkehrsfluß durch zahlreiche Gastgärten beeinträchtigt wird – eine Beeinträchtigung, wie sie grundsätzlich aufgrund einer Bewilligung gemäß § 82 Abs 1 StVO erfolgen darf und auch erfolgt.²³ Bei der Auslegung des § 78 StVO hätte daher die Regelungsentention des § 82 StVO – bei dem es nicht anders als bei § 78 StVO um einen Interessenausgleich geht – mitbedacht werden müssen.

So hat auch der VwGH zum Verkauf von Eintrittskarten auf Gehsteigen oder Gehwegen, der keine gewerbliche Tätigkeit iSd § 82 Abs 3 lit a StVO²⁴ darstellt, judiziert, dass diesem § 78 lit c StVO entgegensteht, wenn die Ausübung dieser Tätigkeit zu einer „wesentlichen Beeinträchtigung“ des FußgängerInnenverkehrs führt.²⁵ Damit hat er für die Auslegung des Begriffs „behindern“ zutreffend auch für diese Tätigkeit auf die Genehmigungsvoraussetzung des § 82 Abs 5 StVO Bezug genommen.²⁶ Entsprechendes muss folglich für an einer Hausmauer bettelnde Menschen gelten, dies umso mehr, als sich – wie bereits erläutert – der Vorgang dieser Form des Bettelns wertungsmäßig nicht einmal mit den in § 78 lit c StVO genannten Fällen vergleichen lässt. Werden BettlerInnen hinsichtlich der Frage einer Verkehrsbehinderung strenger behandelt als es von Gesetzes wegen ausdrücklich für Bewilligungen nach § 82 Abs 1 StVO vorgesehen ist, so wird § 78 lit c StVO folglich – wie sich deutlich an dieser einen Größenschluss vornehmenden Entscheidung des VwGH zeigt – ein gleichheitswidriger Inhalt unterstellt.²⁷

Der UVS Wien nahm überdies nicht einmal andeutungsweise Verhältnismäßigkeitsüberlegungen im Sinne einer Abwägung der Ziele der StVO mit der Grundrechtsposition des

22 RV 22 BlgNR 9. GP 69, zitiert auch bei *Pürstl* (Fn 16), § 85, Anm 1.

23 Zur Bewilligung von Gastgärten etwa VwGH 20.10.2009, 2007/05/0204.

24 Eine Bewilligung nach § 82 Abs 1 StVO ist dieser Bestimmung zufolge nicht erforderlich „für gewerbliche Tätigkeiten auf Gehsteigen oder Gehwegen ohne feste Standplätze“.

25 Siehe VwSlg 12.059 (A)/1986, zitiert auch bei *Pürstl* (Fn 16), § 78, E 4.

26 „Die Bewilligung nach Abs. 1 ist zu erteilen, wenn durch diese Straßenbenützung die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs *nicht wesentlich beeinträchtigt wird* ... Wenn es die Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des Verkehrs erfordert, ist die Bewilligung bedingt, befristet oder mit Auflagen zu erteilen; die Bewilligung ist zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung weggefallen sind.“

27 Nur angemerkt sei, dass die Judikatur dafür spricht, dass es für BettlerInnen auch zu keiner Bestrafung wegen Nichtvorliegens einer Bewilligung gemäß § 82 Abs 1 StVO kommen kann – vgl wiederum VwSlg 12.059 (A)/1986 zu § 82 Abs 3 lit a StVO: „Es kann ... bei dieser ratio legis auch nicht von Bedeutung sein, ob eine derartige Tätigkeit zwar in Ertragsabsicht, aber ohne eine entsprechende Gewerbeberechtigung ausgeübt wird.“

Bettlers vor,²⁸ vielmehr wurde ausschließlich dem Aspekt der Behinderung anderer FußgängerInnen Rechnung getragen. Unabhängig davon, dass dies schon allgemein nicht dem heutigen Standard grundrechtskonformer Entscheidungsfindung entspricht, hätte der UVS Wien hier ebenfalls in der Rechtsprechung des VfGH eine für diesen Fall passende Richtschnur gefunden. Konkret ist auf eine Entscheidung zu § 82 Abs 1 StVO betreffend das bewilligungslose Verteilen von Flugblättern zu verweisen, in der der VfGH festhielt: „Der Verwaltungsgerichtshof ist ... der Auffassung, daß in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem das Verteilen politischer Flugblätter durch eine einzelne Person auf einem drei bis vier Meter breiten Gehsteig die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs – anders als etwa beim Verteilen auf der Fahrbahn – von vornherein nur in einem ganz geringfügigen Maß beeinträchtigen kann, zu Gunsten des Rechtes auf freie Meinungsäußerung bereits die Bewilligungspflicht gemäß § 82 Abs. 1 erster Satz StVO zu verneinen ist.“²⁹

Legt man dies auf den der Entscheidung des UVS Wien zugrunde liegenden Sachverhalt um, so zeigen bereits die Berücksichtigung des Umstandes eines um ein bis zwei Meter breiteren Gehsteiges als im Normalfall sowie die ausdrückliche Bezugnahme auf die Grundrechtsposition des Beschwerdeführers umso mehr, dass die Entscheidung des UVS Wien vom Oktober 2009 als verfassungswidrig zu werten ist.

3. Resümee und Ausblick

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass § 78 lit c StVO nicht so ausgelegt werden darf, dass er ein Verbot des Aufenthalts von BettlerInnen auf Gehsteigen festlegt. Eine Bestrafung nach dieser Bestimmung wäre daher nur dann denkbar, wenn eine bettelnde Person eine den in § 78 lit c StVO genannten Fällen vergleichbare Aktivität an den Tag legt, die überdies eine Behinderung anderer im Sinne einer wesentlichen Beeinträchtigung des FußgängerInnenverkehrs darstellt. Dabei müsste allerdings auch den besonderen örtlichen Verhältnissen

28 Zu denken ist hier insbesondere an das in Art 8 EMRK verbürgte Recht auf Achtung des Privatlebens, wozu man auch zu zählen haben wird, dass eine bettelnde Person mit Dritten in der Öffentlichkeit in Kontakt tritt. Siehe zum umfassenden Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens, der gerade nach der jüngeren Rechtsprechung auch Verhaltensweisen außerhalb der räumlichen Privatsphäre, wie etwa berufliches Verhalten, erfassen kann, für viele *Wiederin*, Art 8 EMRK, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht³ (2002), Rz 29 ff; speziell zum Betteln als Ausdruck der freien Gestaltung der Lebensführung *Frühwirth*, Zur Pönalisierung des Bettelns – Grundrechte als Ärgernis, in: Koller (Fn 2); vgl auch *Weichselbaum* (Fn 2).

29 VfGH 28.4.1993, 92/02/0204. Auch der VfGH hat schon in VfSlg 3505/1959 bei der Auslegung der entsprechenden Vorgängerbestimmung in der StPOlo dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit Rechnung getragen, im konkreten Fall gelangte er – wohl auch aufgrund einer vor mehr als fünfzig Jahren noch wesentlich restriktiveren Sichtweise – letztlich nicht zur Überzeugung einer denkbaren und damit verfassungswidrigen Gesetzesanwendung durch die Behörde. Die Entscheidung des VfGH könnte durchaus im Lichte der – insbesondere in Deutschland geführten – Diskussion um einen weiteren Verkehrsbegriff im Sinne eines kommunikativen Verkehrs (dazu schon oben in Fn 12) zu sehen sein – vgl etwa *Kobl*, Zulässigkeit ordnungsrechtlicher Maßnahmen gegen Obdachlose in den Städten. Unter besonderer Berücksichtigung von Alkoholverboten aufgrund straßenrechtlicher Sondernutzungssatzungen, NVwZ 1991, 620 (625): „Die inzwischen wohl herrschende Ansicht geht ... heute dahin, daß gerade vor dem Hintergrund der Grundrechte eine verfassungskonforme Auslegung zu einem weiten Verkehrsbegriff zwingt“.

Rechnung getragen und die Grundrechtsposition der bettelnden Person berücksichtigt werden.

Der Themenbereich „Betteln“ ist in Österreich ein juristisch weitgehend unbeachtetes Gebiet, nicht zuletzt deshalb, weil BettlerInnen – sieht man von punktuellen Initiativen ab³⁰ – keine wirkliche Lobby haben. Sie verfügen nicht über die finanziellen Möglichkeiten, sich gegen rechtlich problematische Entscheidungen zur Wehr zu setzen. Werden sie nicht von anderer Seite – wie im Fall des Bettelverbotes in Fürstenfeld – unterstützt, können sie betreffende rechts- und verfassungswidrige Entscheidungen oder Rechtsgrundlagen auch nicht Gegenstand höchstgerichtlicher Entscheidungen werden, mit denen Fehlentwicklungen korrigierbar sind.³¹

Es mag vielleicht Wunschdenken sein, dass sowohl Gesetzgebung als auch Vollziehung von sich aus gebührend dem Umstand Rechnung tragen, dass auch BettlerInnen Träger von Rechten, insbesondere Grundrechten sind: Dass sie aufgrund ihrer gesellschaftlichen Stellung nicht schlechter behandelt werden dürfen als andere, ergibt sich sogar in aller Deutlichkeit aus dem Wortlaut des – wenngleich nur ein Staatsbürgerrecht garantierenden – Art 7 B-VG und der Textierung des auf die grundrechtlichen Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bezogenen Art 14 EMRK. Doch steter Tropfen höhlt den Stein, und vielleicht kann dieser Aufsatz, mit dem gezeigt wurde, dass die Bestrafung von BettlerInnen nach § 78 lit c StVO heute genauso verfassungswidrig ist wie schon vor sieben Jahren, einen Beitrag dazu leisten, dass es diesbezüglich keines literarischen Follow-Ups mehr bedarf.

Ass.-Prof.ⁱⁿ Mag.^a Dr.ⁱⁿ Barbara Weichselbaum ist am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien und am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte tätig; barbara.weichselbaum@univie.ac.at

30 So etwa die Bettellobby Wien – siehe dazu mit weiteren Informationen zu deren Aktivitäten <http://bettelobbywien.wordpress.com>.

31 Zur Unterstützung einer Bettlerin im Kampf gegen das Verbot gewerbsmäßigen Bettelns siehe aktuell allerdings <http://bettelobbywien.wordpress.com/2010/08/28/pressekonferenz-verfassungsklage-gegen-das-wiener-bettelverbot/>.

Presumption of Compliance, or Obligation to Consider Facts?

Recent case law on transfers of asylum seekers to Greece under the Dublin Regulation (Council Regulation (EC) No 343/2003)

John Stanley

1. Introduction

The legality of transferring asylum applicants to Greece for examination of their asylum claims has been challenged in hundreds of cases before courts in the EU in recent years. Some Member States¹ have elected to transfer applicants to Greece, notwithstanding criticism from the UNHCR, and organisations such as Amnesty International, and ECRE. Other Member States have decided, as a matter of policy, to suspend transfer of applicants, particularly in respect of vulnerable applicants.² National courts in some states have restrained transfer pending determinations in test cases, while in other states again applicants have invoked the European Court of Human Rights (ECtHR) Rule 39 procedure, resulting in stays on transfers pending that Court's decisions. Indeed, the Grand Chamber of the ECtHR recently heard oral submissions from parties in a "Greek transfer" case brought against Belgium and Greece.³ Now both Ireland's High Court,⁴ and the Court of Appeal of England and Wales⁵ are asking the Court of Justice of the European Union (ECJ) to clarify the relevant matters of EU law.

Council Regulation (EC) No 343/2003⁶ ("The Dublin Regulation") provides the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. Article 3(1) of the Regulation provides that the responsible Member State will be determined ac-

1 It should be noted that Iceland, Liechtenstein, Norway and Switzerland also participate in the Dublin Regulation.

2 For a comprehensive overview see UNHCR, *Information Note on National Practice in the Application of Article 3(2) of the Dublin II Regulation in particular in the context of intended transfers to Greece*, 16 June 2010.

3 *MSS v Belgium and Greece* (Application No 30696/09).

4 *Edris & Ors. v The Refugee Applications Commissioner and Anor*, undated, Clark J. (JR No. 184/2010).

5 *R(NS) v Secretary of State for the Home Department*, unreported, 12 July 2010 (Appeal No. C4/2010/0943); i.e. ECJ Case C-411/10 NS.

6 Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national.

ording to the criteria in Chapter III of the Regulation. Article 3(2), sometimes referred to as the ‘sovereignty clause’, by way of derogation, allows a Member State to examine an application for asylum even if another Member State is responsible according to the Chapter III criteria. Essentially, the question arises whether EU law not only allows, but *requires* Member States to assume responsibility to examine asylum applications in certain circumstances.

It is useful to remember at the outset that issues arising in relation to the Dublin Regulation must be considered in the context of basic principles of EU law, as gleaned from ECJ jurisprudence:

- When Member States comply with EU law, they must do so in a manner giving respect to fundamental rights.
- A provision of EU law must respect fundamental rights. A provision cannot respect fundamental rights if it requires or authorizes Member States to adopt a course that fails to respect such rights.⁷
- An EU legal instrument must not confer discretion on a Member State for implementation in a manner in breach of fundamental rights.
- When interpreting the way in which Member States fulfill obligations that fall within the scope of EU law, priority must be given to an interpretation that is compatible with applicable fundamental rights.⁸
- While Member States are obliged to respect EU law, the protection of fundamental rights constitutes acceptable grounds for derogating from such an obligation.⁹
- Any discretion afforded to Member States acting in the context and scope of EU law must be exercised in a manner that respects EU law.¹⁰
- While the definition of a particular right is a matter of EU law, the extent of a permissible derogation in a Member State may be dependent on a state’s particular situation and circumstances.¹¹
- Member States are under an obligation to implement EU law in a manner that complies with general principles of EU law, including the fundamental rights protected by the ECHR since those rights have been accorded special significance within the EU legal order.¹²

The Dublin Regulation has operated on the presumption that all Member States respect the rights of asylum seekers, examine their claims in a fair and effective procedure, and grant protection in line with international and European law. Disproportionate pressure on Greece and other southern EU ‘gateway’ states and the resulting impact on those states’

7 See, e.g., Case C-540/03 *Parliament v Council* [2006] ECR I-5769.

8 Case C-101/01 *Lindqvist* [2003] ECR I-12971, paragraph 87; Case C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone and Others* [2007] ECR I-5305, para. 28.

9 See, e.g., Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659, para. 74.

10 Case 5/88 *Wachauf* [1989] ECR 2609 para. 19; Case C-260/89 *ERT* [1991] ECR I-2925, paras. 42-45; C-123/08 *Wolzenburg* [2009] ECR I-0000 para. 53.

11 See, e.g., Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, para. 31.

12 C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769, paras. 35 and 105.

resources, have significantly affected those countries' capacities to ensure compliance with EU asylum norms, including the minimum standards set out in the Reception¹³, Procedures¹⁴, and Qualification¹⁵ Directives.

The difficulties in Greece in particular have been well documented. The UNHCR has issued four position papers since 2007 setting out its views on the treatment of asylum seekers in Greece.¹⁶ The many serious difficulties documented by the UNHCR include problems relating to access to the asylum process; lack of free legal aid; poor reception conditions; destitution of asylum seekers; poor detention conditions; and risk of *refoulement*. The UNHCR has consistently advised Member States' governments to refrain from returning asylum seekers to Greece under the Dublin Regulation, and instead assume responsibility under Article 3(2) of the Regulation.

The Greek authorities have acknowledged the problems in the system, and their difficulties in fulfilling international obligations. Indeed, Greece had begun efforts to reform its asylum system in a bid to ensure respect for asylum seekers' rights, but this reform has been either insufficient or postponed.¹⁷ Human Rights Watch has called on the UNHCR to step in and take over the processing of asylum claims in Greece, as a matter of urgency, and for the EU Commission to support such intervention.¹⁸

The Council of Europe's Commissioner for Human Rights, Thomas Hammarberg has argued for the overhaul of what he referred to as "the dysfunctional so called Dublin Regulation".¹⁹ The "gravely dysfunctional" Greek asylum procedures, Mr Hammarberg said, "have brought the Dublin system to a genuine collapse". The Commissioner contends that the shouldering of the responsibility for examining asylum applications by EU border states, including Greece, has been unsuccessful, resulting in lower standards, and putting lives at risk. Mr Hammarberg said that the Regulation was based on the "false assumption that the national asylum systems in place in Europe all provide similar, high standards of protection" for asylum seekers. The Commissioner's recommendations are clear:

13 Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers.

14 Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status.

15 Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted.

16 I.e., (1) UNHCR, *Asylum in the European Union: A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, November 2007; (2) UNHCR, *Position on the Return of Asylum-Seekers to Greece under the "Dublin Regulation"*, 15 April 2008; (3) UNHCR, *Observations on Greece as a country of asylum*, December 2009; and (4) UNHCR, *Improving Asylum Procedures: Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice – Key Findings and Recommendations*, March 2010.

17 A Presidential Decree passed in 2009, which had already been postponed until 1 September 2010, has now been pushed back again until 2011 following a recent government reshuffle.

18 Human Rights Watch, "Greece: Asylum Reform Delay Unacceptable" 20 September 2010 (<http://www.hrw.org/en/news/2010/09/20/greece-asylum-reform-delay-unacceptable>).

19 Council of Europe Press Release: "The 'Dublin Regulation' undermines refugee rights", Strasbourg, 22 September 2010 (http://commissioner.cws.coe.int/tiki-view_blog_post.php?postId=80).

“EU states need to halt all transfers of asylum seekers back to countries where they face enormous difficulties in gaining access to the asylum procedure and where they do not enjoy basic safeguards such as interpretation and legal aid.”

“...States in northern Europe, far from the borders in the south and the east, have so far not been co-operative in discussions about resolving this mess. In fact, they have not even been willing to use the possibility under the ‘sovereignty clause’ of the present regulation to avoid transfers to Greece, whose asylum system is clearly experiencing a total collapse.”

“In any case, using an exception clause is not enough. The system as such must be revised and replaced with policies which are fair and efficient, in line with the principle of solidarity – based on common principles and values.”

“The European Commission has suggested that it should be possible to suspend transfers and give states under particular strain short-term relief from their responsibilities under the Dublin Regulation. Such a mechanism should also offer the possibility of seeking financial or technical assistance in order to cope. This is the right approach.”

It is against this backdrop that asylum applicants have sought to challenge orders transferring them to Greece.

2. Dublin Transfer Cases before Ireland’s High Court

In early 2008, a number of asylum applicants who were due to be transferred to Greece applied for judicial review of their transfer orders before the Irish High Court. The applicants argued that the Minister did not properly consider the situation in Greece, and ought to have used his discretion under Article 3(2) of the Regulation to deal with the cases in Ireland. The cases did not proceed to substantive hearings as settlement was reached between the parties. The Minister subsequently issued similar transfer orders, though in a manner that considered the situation in Greece in more detail. Again, applicants who were to be transferred took judicial review proceedings against the Minister for Justice arguing that the Minister had not properly considered the situation as it applied to asylum seekers in Greece, and that he ought to apply Article 3(2) of the Regulation.

The lead cases in this second set of proceedings resulted in the judgment in *Mirza & Ors v The Refugee Appeals Tribunal & Anor*.²⁰ Each of the applicants had applied for asylum in Ireland, having previously entered Greece. The applicants argued that Greece was not acting in compliance with the Regulation, and that they were at risk of *refoulement* if transferred. The applicants contended that any presumption that Member States apply the same standard of protection and determine applications in accordance with the Refugee Convention can be rebutted, and that where the presumption is rebutted the decision maker is obliged to

²⁰ *Mirza & Ors v The Refugee Appeals Tribunal & Anor*, unreported, 21 October 2009, High Court, Clark J. (JR Nos. 1342/2008; 1243/2008; and 1278/2008).

exercise his or her discretion under Article 3(2) of the Regulation to accept responsibility for determining the asylum application.

Clark J refused to grant judicial review, stating that there was a distinction between cases where there is a real risk of a breach of Article 3 of the ECHR, and where there are concerns about the asylum process and reception conditions. The Court held that where there is a real risk of a breach of Article 3 of the ECHR there may be an obligation to derogate from the Regulation, but not otherwise, lest the cohesiveness of EU law be undermined.²¹ The Court also stated that where a Member State is concerned that another State is in breach of EU law, it is for the European Commission to take steps to put the situation right.²² The Court emphasised that the Common European Asylum System (CEAS) is based on mutual trust, confidence and solidarity between Member States, and that the Irish authorities “are entitled to assume that other Member States act in compliance with their obligations under Community law and that any issues of non-compliance are for the Commission to investigate.”²³

Recognising the importance of the issues, the High Court certified the following matter as “a point of law of exceptional public importance in the public interest”²⁴ for determination by the Irish Supreme Court:

“On the assumption that issues relevant to Article 3 ECHR do not arise, what is the extent of the obligation or entitlement on the part of the Commissioner, pursuant to Council Regulation (EC) No 343/2003, to assess whether the Member State *prima facie* responsible for taking back an applicant for asylum status operates an asylum system which fails to accord with the obligations of that Member State pursuant to that Regulation?”

Notwithstanding extant the appeal to the Supreme Court, Ireland continued to issue transfer orders, and asylum applicants in Ireland continued to institute judicial review proceedings, and seek interlocutory relief restraining their transfer. The applicants in *Edris & Ors. v Refugee Applications Commissioner & Anor*²⁵, predominantly, though not exclusively, young Afghans, who had sought asylum in Ireland having travelled, *inter alia*, through Greece, argued that the Minister for Justice had still not properly considered the substance, adequacy, effectiveness or fairness of the Greek asylum process.

When these latter cases were mentioned before the High Court, Clark J indicated that she was minded to refer the matter to the ECJ, and granted leave to the UNHCR, the AIRE Centre and Amnesty to intervene in the case by way of *amici curiae*. There followed an application for leave to seek judicial review of the decisions to transfer the

21 *Mirza*, para 79.

22 *Mirza*, para 86.

23 *Mirza*, para 87.

24 In order for an appeal to lie to the Supreme Court, Irish legislation requires the Court to certify such a point in these terms (Section 5 of the Illegal Immigrants (Trafficking) Act 2000). There is no right of appeal in relation to most asylum-law related cases.

25 *Edris & Ors. v Refugee Applications Commissioner & Anor*, unreported, High Court, Clark J. (JR No. 184/2010).

applicants to Greece. The applicants contended, *inter alia*, that while Member States may *prima facie* be presumed to have effective protection for asylum seekers, this presumption was rebutted in respect of Greece. The applicants argued that the Minister had failed to address whether the applicants would get a fair substantive, rather than a formally correct, examination of their files in Greece, had failed to give proper reasons for preferring certain evidence purportedly to the effect that the Greek authorities abided by their obligations to asylum seekers, over the information cited by the applicants which described a diametrically opposing situation, and had wrongly attributed evidential value to the mere assertion that the Greek authorities fulfilled their obligations to asylum seekers.

The applicants contended that the only reasonable conclusion from all the country information was that they would suffer a denial of their rights if they were returned to Greece. Counsel for the applicants emphasised that this was not a case where the applicants wished to have an assessment of their asylum application to a standard of their own choosing or design. Rather, they relied on Article 18 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union²⁶, and the EU asylum *acquis*, as the objective standards. The applicants submitted that the reasons underpinning the decisions to transfer them did not properly deal with fundamental rights, and rights under EU law. Instead, the applicants contended, the decision maker's view was, incorrectly, that it was not for Ireland to form the view that a transferee would not be admitted to an effective and fair asylum process in Greece.

The UNHCR submitted, *inter alia*, that a Member State's duty to guarantee the right to asylum, and to protect against *refoulement*, take precedence over the Regulation's 'responsibility-allocation' arrangements, and that where a proposed transfer would give rise to a breach of the *non refoulement* principle there is a clear obligation on a Member State to exercise its power under Article 3(2) of the Regulation. The AIRE Centre and Amnesty submitted, *inter alia*, that it was important for the ECJ to clarify the important points of EU law that had arisen, and in particular whether EU asylum measures require Member States to assume responsibility for examining an asylum application where the state that would in principle be responsible is either temporarily unable to meet the relevant EU minimum standards, or unable to secure full protection of the applicant's rights enshrined in the Charter.

Subsequent to the hearing, on 29 July 2010, Clark J decided that in order to be able to give judgment it was necessary for her to make an application for a preliminary reference to the ECJ under Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).²⁷ On 21 October the Court sent the following questions to the ECJ:

"1. Is the transferring Member State under Council Regulation (EC) No. No 343/2003

26 The provisions of the Charter are now binding in the same way that Treaty provisions are binding. Article 18 of the Charter enshrines (for the first time – e.g., there is no comparable right in the ECHR) the right to asylum.

27 'Asylum appeal case referred to European justice court', in *The Irish Times*, 30 July 2010.

obliged to assess the compliance of the receiving Member State with Article 18 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms of the EU, Council Directives 2003/9EC, 2004/83/EC and 2005/85/EC and Council Regulation (EC) No 343/2003?

- 2. If the answer is yes, and if the receiving Member State is found not to be in compliance with one or more of those provisions, is the transferring Member State obliged to accept responsibility for examining the application under Article 3(2) of Council Regulations (EC) No 343/2003?"

3. The Court of Appeal of England and Wales refers questions to the ECJ

At about the same time that the Irish High Court was dealing with the *Edris* case, the Court of Appeal of England and Wales heard counsel for the parties in the case of *R(NS) v Secretary of State for the Home Department*.²⁸ Here the appellant, again a national of Afghanistan, claimed asylum in the UK having traveled through Greece, where he was detained and ordered to leave within thirty days. Greece was deemed to have accepted the UK's 'take charge' request. The appellant was given permission to challenge, by way of judicial review, the decision to remove him to Greece, and his case became the lead case in England and Wales on returns to Greece under the Dublin Regulation.

In relation to reception conditions, Cranston J, for the Administrative Court, had concluded that any failure by Greece in this regard did not amount to a breach of Article 3 ECHR. As regards *non refoulement*, Cranston J had concluded that in the absence of direct evidence that the returns were not voluntary, the evidence established no more than that Afghans had 'chosen' to return to Afghanistan. The Administrative Court further held that the Charter of Fundamental Rights of the European Union could not be relied on directly against the UK because of Protocol (No. 30) on application of the Charter to Poland and the UK, but that the Secretary of State was bound to exercise her discretion pursuant to Article 3(2) of the Regulation, taking the rights set out in the Charter into account. The Court also held, however, that while there was no evidence that this had been done, it would have added nothing in any event as the effect on the appellant's rights had been considered as part of his Article 3 claim.

In the course of its decision, the Administrative Court compared the Irish decision in *Mirza* with a judgment of the Administrative Court Frankfurt. The latter decision resulted in the quashing of a removal order to Greece of an Iranian asylum applicant who had arrived in Germany via Greece.²⁹ The German court had concluded that the applicant's asylum proceedings in Greece were not in conformity with EU asylum norms:

"On the basis of the facts of the case, the court of decision is secure in its conviction that

²⁸ *R(NS) v Secretary of State for the Home Department*, unreported, 12 July 2010 (Appeal No. C4/2010/0943); i.e. ECJ Case C-411/10 NS.

²⁹ *R(Saeedi) v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 705 (Admin), 31 March 2010, paras 145 & ff.

the respondent's discretion is reduced to zero ["Ermessensreduzierung auf Null"]. In this context, on the one hand the Chamber must consider the binding effect of Regulation (EC) No. No 343/2003 [the Dublin Regulations] which is based on the necessity to achieve an adequate allocation of tasks amongst the Member states of the European Union in order that the right to asylum can be guaranteed in practice. On the other hand, as above all expressed in the recitals cited, the Regulation virtually takes it for granted that a right to asylum binding for all member states exists and is actually applied promptly. These two considerations must be balanced."³⁰

Cranston J preferred the decision of the Irish High Court in *Mirza* to the German decision, which the Court considered to be "in part, fact-specific, based on what had actually happened to the applicant in Greece, and not based on what might happen to him in the future because of general criticisms of the Greek system."³¹ Cranston J stated that to require the exercise of the Article 3(2) discretion to make good any deficiencies in Greece's compliance with the different aspects of the CEAS would essentially be inimical to the purpose of the Dublin Regulation, encourage forum shopping, and lead to delay in the determination of claims.³² The Administrative Court refused the application, but, recognizing the general importance of the issues, granted the applicant permission to appeal to the Court of Appeal.

On the hearing of the appeal, the Secretary of State accepted that the Charter could be relied upon against the UK as it simply restated EU law rights, but claimed that she was not bound to take EU fundamental rights into account when exercising her discretion under Article 3(2) of the Regulation, and that the scheme of the Dublin Regulation entitled her to proceed on the conclusive assumption that Greece would comply with its obligations.³³ The Appellant argued that no such assumption could apply, and that the Secretary of State had to consider evidence that there was a real risk that his fundamental EU rights would be violated if he was returned to Greece, in order to comply with the Regulation and the Charter which, he contended, afforded broader rights than did Article 3 of the ECHR.³⁴ The Court permitted the AIRE Centre, Amnesty International, the UNHCR, and the Equality and Human Rights Commission to intervene in the case. The AIRE Centre and Amnesty contended (a) that a Member State was acting within the scope of EU law when exercising its power under Article 3 of the Regulation, (b) that EU law required a Member State to act under Article 3(2) when removal would expose an asylum seeker to a real risk of a violation of his fundamental rights, (c) that a Member State was obliged to determine this matter in light of all the evidence, and (d) that a denial of the Directives' minimum standards was a denial of fundamental rights under EU law. The UNHCR

30 *Administrative Court Frankfurt: 7 K 4376/07*, 8 July 2009, cited in *R(Saeedi)*, para. 147.

31 *R(Saeedi)*, para. 153.

32 *R(Saeedi)*, para. 152.

33 *R(NS)*, para. 33.

34 *R(NS)*, para. 35.

contended, *inter alia*, that Greece's asylum system did not function to the standard required under EU law, and that the UK should take responsibility for the examination of the asylum claim by applying Article 3(2) of the Regulation. Finally, the Equality and Human Rights Commission contended that the Charter, properly applied, provided rights protection beyond that in UK and ECHR law, and should be central to the determination of the case.

The Court of Appeal decided that decisions on certain questions of EU law were necessary in order for it to give judgment. Accordingly, the Court of Appeal ordered that the following questions be referred to the ECJ by way of a preliminary reference pursuant to Article 267 of the TFEU:

"1. Does a decision made by a Member State under Article 3(2) of Council Regulation No 343/2003 ("the Regulation") whether to examine a claim for asylum which is not its responsibility under the criteria set out in Chapter III of the Regulation fall within the scope of EU law for the purposes of Article 6 of the Treaty of European Union and/or Article 51 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ("the Charter")?

If the answer to Question 1 is "yes":

2. Is the duty of a Member State to observe EU fundamental rights (including the rights set out in Articles 1, 4, 18, 19(2) and 47 of the Charter) discharged where that State sends the asylum seeker to the Member State which Article 3(1) designates as the responsible State in accordance with the criteria set out in Chapter III of the Regulations ("the Responsible State"), regardless of the situation in the Responsible State?

3. In particular, does the obligation to observe EU fundamental rights preclude the operation of a conclusive presumption that the Responsible State will observe (i) the claimant's fundamental rights under EU law, and/or (ii) the minimum standards imposed by Directive 2003/9/EC ("the Reception Directive"); 2004/83/EC ("the Qualification Directive") and/or 2005/85/EC ("the Procedures Directive") (together referred to as "the Directives")?

4. Alternatively, is a Member State obliged by EU law, and if so, in what circumstances, to exercise the power under Article 3(2) of the Regulation to examine and take responsibility for a claim, where transfer to the Responsible State would expose the claimant to a risk of violation of his fundamental rights, in particular the rights set out in Articles 1, 4, 18, 19(2) and/or 47 of the Charter, and/or to a risk that the minimum standards as set out in the Directives will not be applied to him?

5. Is the scope of the protection conferred upon a person to whom the Regulations applies by the general principles of EU law, and in particular, the rights set out in Articles 1, 18, and 47 of the Charter wider than the protection conferred by Article 3 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention")?

6. Is it compatible with the rights set out in Article 47 of the Charter for a provision of national law to require a Court, for the purpose of determining whether a person may lawfully be removed to another Member State pursuant to the Regulation, to treat that Member State as a State from which the person will not be sent to another Member State in

contravention of his rights pursuant to the Convention or his rights pursuant to the 1951 Convention and 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees?

7. *Insofar as the preceding questions arise in respect of the obligations of the United Kingdom, are the answers to Questions 2-4 qualified in any respect so as to take account of the Protocol (No. 30) on the application of the Charter to Poland and to the United Kingdom?*³⁵

The Court of Appeal also asked the ECJ to apply the accelerated procedure under Article 104a of the Court's Rules of Procedure, citing, amongst other points, (a) that there were approximately three hundred domestic cases awaiting the determination of the issues, (b) that the resolution of the matter would have implications for returns to any other Member State, (c) that it would be important to have clarity as soon as possible to ensure effective operation of the Regulation across the EU in line with fundamental rights, and (d) that these matters were leading to acute administrative problems for decision makers – including the ECtHR. The ECJ has refused this request but has ordered that the case be given priority over others according to Article 55 of the Court's Rules of Procedure. Member states have been given time until the end of November 2010 to submit observations.

It is unclear what the ECJ will do now it has been asked to make preliminary rulings in relation to matters referred to it by both the Irish High Court, and the Court of Appeal of England and Wales. The Court may join the cases in order to ensure all matters are canvassed, particularly as the Irish and UK legal contexts differ in respect of their relationship to the Charter. Alternatively, it may be that the Irish case will be stayed pending the preliminary ruling in Case C-411/10.

4. Submissions to the Grand Chamber of the ECtHR

Challenges to transfers under the Dublin Regulation have also given rise to many applications from states party to the ECHR pursuant to Rule 39 of the Rules of the Court (ECtHR), effectively staying transfer pending full determination of the cases by that Court. In *KRS v The UK*³⁶, the applicant complained to the ECtHR that his proposed transfer from the UK to Greece under the Dublin Regulation would violate Article 3 of the ECHR. The Court deemed the application inadmissible, finding, *inter alia*, that there was nothing before it to suggest that those returned to Greece under the Regulation ran the risk of onward removal to a third country where they would face ill-treatment contrary to Article 3.³⁷ By comparison, the ECtHR deemed admissible the case of *MSS v Belgium and Greece*³⁸ in which an Afghan national challenges his transfer from Belgium to Greece under the

35 *R(NS)*, para. 40.

36 Application No. 32733/08.

37 For a critique on the ECtHR's decision and the circumstances of the case see Mole, *Note on the decision of the European Court of Human rights in K.R.S. v UK*, The AIRE Centre, 6 May 2010.

38 Application No. 30696/09.

Regulation. The Grand Chamber of the ECtHR heard oral submissions in that case on 1 September 2010. The applicant, an Afghan national, entered the EU through Greece and applied for asylum in Belgium. The Belgian authorities asked Greece to take charge of the asylum application. The applicant objected, claiming that he risked appalling detention conditions in Greece, that there were deficiencies in the Greek asylum system, and that he was at risk of *refoulement*. The applicant was, nonetheless, transferred to Greece where, he claims, he was initially put into overcrowded detention, and then rendered homeless while he awaited his interview with the authorities. He subsequently applied to the ECtHR under Articles 2, 3, and 13 of the Convention.

The United Kingdom and the Netherlands intervened, arguing that the Court should refuse the reliefs sought by the applicant, and emphasising the importance of the system of inter-state trust. As well as hearing submissions from the applicant's legal team, the Court was aided by London's AIRE Centre, Amnesty International, and the Greek Helsinki Monitor, who provided the Court with written observations. The UNHCR's Director of International Protection, Volker Türk, and the Council of Europe's Commissioner for Human Rights, Thomas Hammarberg,³⁹ made unprecedented appearances before the Court, arguing that transfers to Greece should not take place until the deficiencies in the Greek system are addressed.

Mr Hammarberg described his own visits to Greece and submitted that the current law and practice in Greece were not in compliance with international and European standards, particularly in respect of:

- Poor access to protection, notably due to the non-functioning of the first instance body, lack of proper information on asylum procedures and legal aid, widely reported instances of *refoulement* or non-registration of asylum claims;
- Poor quality of asylum decisions at first instance, notably because of structural deficiencies and lack of procedural safeguards, in particular concerning the provision of legal aid and interpretation;
- No properly effective remedy against negative asylum applications;
- Harsh living conditions.

Mr Türk submitted that the Greek asylum system does not adequately protect asylum-seekers, including Dublin transferees, against *refoulement*, and that this lack of protection was compounded by inadequate reception and detention conditions. Mr Türk offered the following reasons why, in the opinion of the UNHCR, the Greek system does not adequately protect against *refoulement*:

- Major obstacles in accessing the asylum procedure due to, including lack of information

³⁹ The Commissioner also made a third party intervention in a group of cases concerning the return of asylum seekers from the Netherlands to Greece by virtue of the Dublin Regulation in *Abmed Ali & Ors v The Netherlands and Greece*. As in *MSS*, the Commissioner concluded that current asylum law and practice in Greece are not in compliance with international and European human rights standards.

and translation services, and onerous administrative obligations;

- Extremely poor quality of asylum claim assessment, due, among other things, to untrained and unqualified personnel; lack of procedural safeguards; little or no legal aid services; deficient interpretation;
- No effective remedy against negative decisions at first instance – the only legal remedy against a first instance decision being an appeal to the Council of State on a point of law, which does not have suspensive effect, is subject to onerous deadlines, and is often adjudicated *in absentia*, and without legal aid;
- No effective remedy outside the asylum procedure against a deportation order, rendering individuals potentially subject to removal at any time.

The Director offered the following reasons why, in the UNHCR’s opinion, Greek reception and detention conditions fell short of the required standards:

- Asylum seekers in Greece are likely to become homeless and destitute, or to end up in very poor detention conditions;
- Most asylum-seekers in Greece have no material support, and, as many live rough, they are unable to provide an address, which in turn prevents them from receiving notification of developments on their cases, and from meeting deadlines;
- No financial allowance to asylum-seekers, including families with young children;
- Detention conditions fall short of international and European standards.

Recognising that the Member States operate the Dublin transfer system on the basis of “inter-state trust”, the UNHCR argued that in this particular situation such a system operated at the expense of vulnerable individuals, and at variance with their legal rights and human dignity. Pending such time as the deficiencies in Greece’s system are addressed, Mr Türk reiterated that the UNHCR urged Member States to use Article 3(2) of the Regulation. The Court’s decision is awaited.

5. Conclusion

There is little doubt there is disparity in Member States’ capacity to fulfil obligations under the Reception, Procedures and Qualification Directives, and in respect of asylum seekers’ rights under the Charter, the Refugee Convention, and the ECHR. It is unclear, however, whether, as a matter of law, there are circumstances in which Member States are required to assume responsibility for an asylum claim where another state has *prima facie* responsibility under the Dublin Regulation. It is clear that Member States must exercise any discretion within the scope of EU law in a manner that respects the general principles of EU law.⁴⁰ Whether, in circumstances such as those in Case C-411/10 *NS* and *Edris*, EU law requires Member States to exercise their discretion under the Dublin Regulation in a particular way

⁴⁰ E.g., Case 5/88 *Wachauf* [1989] ECR 2609, para 19.

is itself a question of EU law, and one which the ECJ will now address.

Basic principles indicate that the Dublin Regulation cannot require the transfer of an asylum applicant that would be in breach of fundamental rights or minimum standards of rights as mandated by EU law. Basic principles also indicate that while Member States have a discretion under Article 3(2) of the Regulation, and that the competent authorities enjoy a wide margin of appreciation, it would be necessary to determine whether a decision to transfer pursuant to the Regulation would be proportionate in light of the legitimate objective pursued. The objective pursued in Dublin transfer cases is that of determining the Member State responsible for examination of an asylum application *so as to guarantee* effective access to the procedures for determining refugee status and not to compromise the objective of the rapid processing of asylum applications. There would seem to be an incongruity between an objective that *guarantees* effective access to fair procedures and a *presumption* of effective access.

What effective access to the procedures for determining refugee status consists of has been clarified somewhat by EU legislative developments, particularly the Procedures and Reception directive, and in light of the Treaty, the asylum *acquis*, the Charter, and fundamental human rights standards in the ECHR. Accordingly, it does seem that whether the objective of the rapid processing of asylum applications is compromised in a particular case can be ascertained only by consideration of country conditions in respect of implementation of the appropriate procedures. This, it would seem, would require an evaluation of facts, rather than be satisfied by a presumption of compliance.

The questions from the Irish High Court and the Court of Appeal of England and Wales indicate that there is doubt about the legality of Dublin Regulation transfers to Greece (or, indeed, to any Member State evidencing non compliance with minimum standards in respect of EU asylum law).⁴¹ To ensure compliance with EU law, and until the ECJ clarifies the matter, the law is in doubt and Member States should act with caution in respect of persons for whom Greece is technically responsible under the Regulation, use Article 3(2) of the Dublin Regulation, and deal with such claims in their own domestic asylum application processes.

John Stanley is a barrister practicing in public administrative law, international protection, and human rights law. He is a co-writer of *Human Rights Law*, 3rd Edition (Oxford University Press, 2010), for the Law Society of Ireland, and he is Chairman of the Irish Refugee Council; johnstanley@gmail.com.

41 Indeed, on 20 October the UK Border Agency suspended transfers to Greece under the Dublin Regulation pending the outcome of Case C-411/10 *NS*. Furthermore, following a letter from the ECtHR, the Dutch Justice Minister announced on 6 October that the Netherlands would no longer send asylum seekers back to Greece.

Vorabentscheidungsverfahren und einstweiliger Rechtsschutz

Zur Pflicht, Abschiebungen nach
Griechenland im Rahmen der Dublin II-VO auszusetzen

Ronald Frühwirth / Joachim Stern

1. Einleitung

Das griechische Asylsystem ist rechtlich kaum existent und faktisch gänzlich kollabiert.¹ Verletzungen des Refoulement-Verbots, von unabhängigen Stellen dokumentiert, ebenso wie menschenunwürdige Zustände für Asylsuchende sind einige der direkten Folgen. Während zahlreiche Staaten Abschiebungen nach Griechenland von allen oder zumindest besonders vulnerablen Personen mittlerweile ausgesetzt haben,² die Europäische Kommission das Vertragsverletzungsverfahren fortgesetzt hat³ und Großbritannien und Irland als erste Mitgliedstaaten endlich eine Pflicht zur Vorlage der Frage der Grundrechts- und Unionsrechtskonformität der Abschiebungen von Asylsuchenden in einen Mitgliedstaat ohne existentes Asylsystem an den EuGH erkannt haben,⁴ sind die österreichischen Asylbehörden, der AsylGH sowie der VfGH weitgehend ohne Differenzierung immer noch der Ansicht, eine Ausweisung nach Griechenland könne keine Verletzung von Grundrechten oder von Unionsrecht darstellen.⁵ Sie stützen sich dabei in erster Linie auf völlig veraltete

1 Vgl etwa *Amnesty International*, Greece, Irregular Migrants and Asylum-Seekers Routinely Detained in Substandard Conditions, Juli 2010, 16, <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR25/002/2010/en/07291fb2-dcb8-4393-9f13-2d2487368310/eur250022010en.pdf> (20.9.2010).

2 Ausführlich *UNHCR*, Information Note on National Practice in the Application of Article 3(2) of the Dublin II Regulation in particular in the context of intended transfers to Greece, 16.06.2010, http://www.ecoi.net/file_upload/1226_1277105985_4c18e6f92.pdf (29.9.2010); seither haben Irland und Großbritannien, aber auch die Niederlande, Norwegen, Dänemark und Belgien Überstellungen nach Griechenland ausgesetzt bzw vom Selbst-eintrittsrecht Gebrauch gemacht.

3 Siehe dazu die ergänzende Stellungnahme gem Art 258 AEUV der Europäischen Kommission v 24.6.2010 zu Verfahren 2009/4104 – Violation du droit européen en matière d’asile et des droits fondamentaux des migrants en Grèce unter http://ec.europa.eu/community_law/eulaw/decisions/dec_20100624.htm (29.9.2010); siehe auch Kommissarin Malmström: “The reception of asylum seekers does not work, people are being held under horrific conditions, and there are close to 50 000 people who have been waiting for years to get their asylum applications processed”, Pressemitteilung v 28.9.2010, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/malmstrom/news/default_en.htm (29.9.2010).

4 Das britische Vorabentscheidungsersuchen wurde beim Gerichtshof mittlerweile unter der Zahl C-411/10 registriert.

5 Für viele jüngst etwa AsylGH 15.9.2010, S17 414273-1/2010; der AsylGH hielt darin einem unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden vor, er könne seinen Lebensunterhalt als Straßenhändler in Athen bestreiten.

und einseitige Länderinformationen zu Griechenland, stellen in Widerspruch zur Rechtsansicht des EGMR selbst Dokumente von UNHCR in Zweifel,⁶ und ignorieren dabei etwa auch Tatsachen, wie sie selbst der zuständige griechische Minister Spyros Vougias am Rande des außerordentlichen Ratstreffens der Justiz- und InnenministerInnen in Brüssel am 15. Juli 2010 festgestellt hat: „Wie perfekt auch immer wir unser System der Aufnahme, der Gastfreundschaft und des Asyls organisieren mögen, es ist ein Faktum, dass wir niemals in der Lage sein werden, unseren internationalen und unionsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen [...]“.“⁷

Nicht nur die Praxis des Bundesasylamts und die Rechtsprechung des AsylGH setzen sich weitgehend über Fakten hinweg. Auch der VfGH nimmt seine Rolle als Hüter der Grundrechte in Asylsachen über weite Strecken nicht mehr wahr und übt sein Ablehnungsrecht geradezu exzessiv aus. Ins Leere greift hier auch der breite Hinweis, dass Asyl in Österreich kein Grundrecht sei und der VfGH nur eine Grobprüfung durchführen könne: so musste der EGMR auf Basis von Art 3 EMRK – wohlgermerkt einem in Österreich verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht – auch für Österreich bereits in mehreren Fällen, in denen sogar ganz konkret und klar bestätigt war, dass kein Zugang zu einem Verfahren in Griechenland bestand, in Anwendung von Art 39 seiner Verfahrensordnung die Aussetzung der Abschiebungen vorschreiben.⁸ Festgehalten ist damit, dass die Beschwerde an den VfGH in Asylsachen nicht nur aus theoretischer Sicht,⁹ sondern auch in der Praxis nicht mehr den Kriterien einer effektiven Beschwerdemöglichkeit nach Art 13 EMRK entspricht.

Im Folgenden soll aber vor allem auf die Folgen der im Beitrag von *Stanley* in diesem Heft besprochenen Vorabentscheidungsverfahren für Österreich eingegangen werden. Dabei wird aufgezeigt, dass für den AsylGH jedenfalls die europarechtliche Pflicht besteht, bis zur Entscheidung des EuGH Abschiebungen von Asylsuchenden nach Griechenland im Rahmen der Bestimmungen der Dublin II-VO¹⁰ auszusetzen und einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren bzw direkt vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen. Auch für das Bundesasylamt ist eine entsprechende Pflicht aus den europarechtlichen Loyalitätspflichten abzuleiten.

6 So hat der EGMR in der Rechtssache *KRS v the United Kingdom*, 32733/08 zur Bedeutung von UNHCR-Stellungnahmen festgehalten: „The court notes the concerns expressed by the UNHCR whose independence, reliability and objectivity are, in its view, beyond doubt.“

7 *Minister Vougias*, Pressemitteilung v 16.7.2010 http://www.yptp.gr/index.php?option=ozo_content&lang=&perform=view&cid=3239&I_temid=442 (29.09.2010), deutsche Übersetzung abrufbar unter www.juridikum.at.

8 UNHCR berichtet, dass im Zeitraum von Jänner bis April 2010 europaweit ca 265 Verfahren betreffend Dublin-Abschiebungen nach Griechenland beim EGMR anhängig gemacht wurden, wobei in ca 71 % der Fälle an die zuständigen Regierungen Empfehlungen nach Art 39 der Verfahrensordnung gerichtet wurden: *UNHCR*, Information Note, 17.

9 *Holoubek*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz, JBl 1992, 143ff; *Stern*, Das Recht auf Rechtsvertretung bzw -beratung im Asylverfahren im Lichte des Rechts auf eine wirksame Beschwerde, FABL 3/2009-I, 68.

10 Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003.

2. Zur Bindungswirkung von Vorabentscheidungsersuchen

2.1. Allgemeines

Mittlerweile gilt als unumstritten, dass Urteilen des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren eine (zumindest faktische) erga omnes Wirkung zukommt und die Auslegung des EuGH sämtliche Behörden und Gerichte in allen Mitgliedstaaten bindet.¹¹ Die Frage, ob anhängige Vorabentscheidungsverfahren bzw entsprechende Ersuchen dahingehend binden, dass nicht nur das vorlegende Gericht sondern auch andere Gerichte und Behörden des vorlegenden und aller anderen Mitgliedstaaten anhängige Verfahren unterbrechen müssen, bis über die Frage der Auslegung von Europarecht entschieden wurde, ist hingegen vom EuGH bislang nicht beantwortet und auch in der Literatur soweit ersichtlich nicht ausdrücklich beleuchtet worden. Der OGH hat im Jahr 2001 explizit in Verfahren zur Vorschreibung von Zwangsstrafen nach dem Firmenbuchgesetz zu dieser Frage Stellung genommen, wobei er pauschal und ohne weitere Hinweise befand: „Für eine derart weitreichende Unterbrechungswirkung fehlt jede Rechtsgrundlage sowohl im Gemeinschaftsrecht, in der Judikatur des EuGH und im nationalen österreichischen Recht.“¹² Die einzige Begründung für diese Rechtsansicht sah der OGH darin, dass er als Höchstgericht bei der Beurteilung der Rechtsfrage, ob in einem Verfahren eine Vorlagepflicht iSd Art 234 EGV (nunmehr Art 267 AEUV) bestehe, nicht an eine Entscheidung eines untergeordneten Gerichts gebunden sein könnte. Indem er innerstaatliche Rangordnungsaspekte in den Vordergrund stellte, verwechselte er dabei aber nicht nur Rechtsfolge mit Rechtsgrundlage, sondern setzte sich auch über europarechtliche Fragestellungen hinweg, die eine differenzierte Betrachtung erforderlich machten. In der konkreten Situation der Abschiebungen im Rahmen der Dublin II-VO ergeben sich dabei drängende Hinweise darauf, dass hier aus einer Zusammenschau von Vorlagepflicht, Loyalitätsgebot und Prinzip des effektiven Rechtsschutzes sehr wohl eine Unterbrechungspflicht besteht.

2.2. Vorlagepflicht und Acte-Clair-Doktrin

Mit dem Vertrag von Lissabon wurden die Ausnahmebestimmungen von den Vorlagemöglichkeiten für die Bereiche Visa, Asyl, Einwanderung und freier Personenverkehr im bisherigen Art 68 EGV beseitigt. Nunmehr legt Art 267 AEUV zweifelsfrei¹³ fest, dass Fragen über die Auslegung der Verträge, der Gültigkeit und der Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union, die in einem schwebenden Ver-

11 Für das Asylverfahren in Österreich auf *N. Raschauer*, Konsequenzen einer Vorabentscheidung des EuGH für anhängige Asylverfahren, *FABL* 3/2009-II, 57.

12 OGH 17.01.2001, 6 Ob 306/00v = *ecolex* 2001/154.

13 Auch zuvor wurde überzeugend argumentiert, dass die als bloße Anrufungsmöglichkeit formulierte Bestimmung in Art 68 EGV iSe Anrufungspflicht auszulegen war: etwa *Röben*, Art 68 EGV Rz 6, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, 40. EL (2009).

fahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt werden, dieses Gericht zur Anrufung des EuGH verpflichten, wenn die Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Unbestritten ist, dass der AsylGH Letztgericht iSv Art 267 AEUV ist und damit ganz grundsätzlich mangels Beschwerdemöglichkeit beim VwGH der Vorlagepflicht unterliegt.¹⁴

Eine europarechtliche Frage ist nur dann nicht vorlagerelevant, „wenn die Antwort auf diese Frage, wie auch immer sie ausfällt, keinerlei Einfluss auf die Entscheidung des Rechtsstreits haben kann.“¹⁵ Ist sie hingegen entscheidungserheblich, kann im Sinne der Acte-Clair-Doktrin¹⁶ nur von einer Vorlage abgesehen werden, wenn das Gericht festgestellt hat, dass die betreffende Bestimmung des Unionsrechts bereits Gegenstand einer Auslegung des Gerichtshofs war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen „vernünftigen Zweifel“ keinerlei Raum bleibt.¹⁷ Davon darf das innerstaatliche Gericht aber nur dann absehen und in Folge von einer Vorlage absehen, wenn es sich überzeugt hat, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und für den Gerichtshof der Europäischen Union die gleiche Gewissheit bestünde.¹⁸ Auch dieser Standpunkt darf aus europarechtlicher Sicht nicht implizit angenommen werden, sondern bedarf einer nachvollziehbaren Auseinandersetzung und einer Berücksichtigung der dazu vertretenen Auffassungen von Gerichten anderer Mitgliedstaaten, auch wenn diese rechtlich nicht direkt bindend sind.¹⁹ Das Fehlen eines „vernünftigen Zweifels“ ist aber nicht aus der subjektiven Sicht des Spruchkörpers des jeweiligen nationalen Gerichts zu prüfen, sondern unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Union.²⁰ Damit unterliegt der AsylGH jedenfalls der Pflicht zur detaillierten Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung anderer mitgliedstaatlicher Gerichte, wobei die mitunter vorgenommene oberflächliche und selektive Diagnose, dass keine einheitliche Rechtsprechung bestünde,²¹ nicht als Legitimation für ein Aufrechterhalten der nationalen Praxis herhalten kann, sondern vielmehr impliziert, dass eine Vorlage zwingend geboten ist.

Während der Spielraum zur Beurteilung, ob eine Frage vorlagerelevant sei, in Konstellationen größer sein mag, in denen die Auslegung von einzelstaatlichem Recht im Vordergrund

14 Dies, weil außerordentliche Rechtsmittel und Rechtsmittel mit eingeschränkter Kognitionsbefugnis nicht als Rechtsmittel iSv Art 267 AEUV gelten: VfSlg 14.390/1995; *Öblinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006) 187f; N. *Raschauer*, FABL 3/2009-II, 57.

15 EuGH 6.10.1982, C-283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Slg 1982, 03415.

16 Siehe etwa *Frenz*, Handbuch Europarecht Band 5 – Wirkungen und Rechtsschutz (2009) Rz 3310ff, 4350.

17 EuGH 6.10.1982, C-283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Slg 1982, 03415, Rn 21; EuGH 15.9.2005, C-495/03, *Intermodal Transports*, Slg 2005 I-8151, Rn 33; EuGH 6.12.2005, C-461/03, *Gaston Schul*, Slg 2005 I-10513, Rn 16.

18 EuGH 6.10.1982, C-283/81, *C.I.L.F.I.T.*, Slg 1982, 03415, Rn 16, sowie die Schlussanträge von GA Stix-Hackl in C-495/03, *Intermodal Transports*, Slg 2005 I-8151, 8174, Rn 82.

19 So auch überzeugend das deutsche BVerfG (2. Kammer des 1. Senats), NVwZ 2004, 1346 (1347).

20 EuGH 15.9.2005, C-495/03, *Intermodal Transports*, Slg 2005 I-8151, Rn 33.

21 Etwa AsylGH 15.9.2010, S17 414273-1/2010.

steht, geht er hier bei der Auslegung der Dublin II-VO als direkt anwendbarem Sekundärrechtsakt bzw bei der Prüfung auf ihre Übereinstimmung mit dem Primärrecht gegen Null. Waren schon vor dem Beschluss des *Court of Appeal of England and Wales*²² die Indizien überwältigend, dass die Auslegung von Art 3 Abs 2 Dublin II-VO in der EU nicht einheitlich erfolgte, so ist seit den Vorlagefragen der Beweis erbracht, dass für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten nicht die gleiche Gewissheit wie für den österreichischen AsylGH besteht, wie die Bestimmungen auszulegen sind. Damit ist nunmehr für den AsylGH eine Vorlage bzw die Aussetzung entsprechender Verfahren zwingend geboten.²³

Dabei haben die österreichischen Gerichte nun zwei Möglichkeiten: Teilen sie die Zweifel des vorlegenden *Court of Appeal of England and Wales*, können sie ebenso den EuGH anrufen, oder schlicht die bei ihnen anhängigen Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH aussetzen. Gehen sie hingegen davon aus, dass sich die Fragen anders stellen, sind sie dazu verpflichtet, ihre Fragen ebenso dem EuGH zur Auslegung vorzulegen. Nur eine Vorgehensweise ist europarechtlich unzulässig: Das Ignorieren des anhängigen Verfahrens und das Beharren darauf, dass bei der Auslegung der einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen kein vernünftiger Zweifel aufzukommen vermag.

Würde man nun meinen, dass die einzige Möglichkeit, dieser Vorlagepflicht zu entgehen, darin bestünde, vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen, da dann die Frage des Verhältnisses von Art 3 Abs 2 Dublin II-VO zum asyl- und menschenrechtlichen Rahmen nicht entsteht, ist nicht nur hervorzuheben, dass im Zentrum der englischen Vorlagefragen jene steht, ob auch das Selbsteintrittsrecht in den Bereich des Europarechts fällt. Vor allem ist zu betonen, dass der AsylGH in ständiger Rechtsprechung selbst behauptet, dass eine systematische Verwendung des Selbsteintrittsrechts dem unionsrechtlichen Prinzip des *effet utile* zuwiderlaufen würde, wohlgermerkt ohne jegliche Begründung.²⁴ Dabei bejaht er implizit die Frage, dass Unionsrecht auch im Bereich der Souveränitätsklausel anwendbar ist, maßt sich aber die eigenständige Interpretation von unionsrechtlichen Fragen an und lässt außer Acht, dass die Dublin II-VO in keiner Weise die Pflicht zur Ausweisung einer asylsuchenden Person vorsieht, sondern lediglich das Erstland zur Rücknahme dieser Person und zur Behandlung ihres Asylbegehrens verpflichtet, falls ein anderer Mitgliedstaat darum ersucht.²⁵ Das vom AsylGH oftmals selektiv ins Spiel gebrachte Prinzip des *effet*

22 *R(NS) v Secretary of State for the Home Department*, unreported, 12 July 2010 (Appeal No. C4/2010/0943); beim EuGH zur Zahl C-411/10 registriert; ausf dazu, *Stanley*, *Presumption of Compliance, or Obligation to Consider Facts?* *juridikum* 2010, 261.

23 Siehe zur europarechtlichen Vorlagepflicht ausf *Herrmann*, Die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht in der neueren Rechtsprechung des EuGH, *EuZW* 2006, 231.

24 Etwa AsylGH 15.9.2010, S17 414273-1/2010 unter bloßem Hinweis auf *Filzwieser*, Subjektiver Rechtsschutz und Vollziehung der Dublin-II-VO – Gemeinschaftsrecht und Menschenrechte, *migraLex* 2007, 21, sowie *Filzwieser/Sprung*, Dublin II-Verordnung³ K9 zu Art 19; die AutorInnen bleiben an den angegebenen Stellen ebenfalls jegliche Begründung für diese Behauptung schuldig (etwa auch in K8 zu Art 3).

25 Siehe dazu *Lehnert/Pelzer*, Der Selbsteintritt der Mitgliedstaaten im Rahmen des EU-Asylzuständigkeitsystems der Dublin II-Verordnung, *NVwZ* 2010, 613f; *Funke-Kaiser*, in *Fritz/Vormeier*, GK-AsylVfG, § 27a Rz 134f; *Huber/Göbel-Zimmermann*, *Ausländer- und AsylR*² (2008) Rz 1886; *Herrmann*, *Das Dublin System* (2008) 121.

utile verlangt hingegen eine ganz andere Vorgehensweise: Bevor die Vorlagefrage nicht durch den EuGH geklärt wurde, muss einstweiliger Rechtsschutz²⁶ gewährt werden.

2.3. Effet Utile²⁷

Der in Art 4 Abs 3 EUV (ex-Art 10 EGV) festgelegte Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet die Mitgliedstaaten, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu ergreifen, sowie die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe zu unterstützen und alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.²⁸ Das darin verankerte Prinzip der Unionstreue schließt ein, dass die Gerichte diejenigen Rechtsvorschriften und auch jede Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder Gerichtspraxis unangewendet lassen müssen, die unter Umständen die volle Wirksamkeit einer Unionsrechtsnorm zu schwächen oder zu hindern in der Lage sind.²⁹ Das beinhaltet auch, dass ein Gericht allenfalls eine einstweilige Anordnung erlassen muss, um die volle Wirksamkeit der späteren Entscheidung über das Bestehen der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen, auch wenn dies nach nationalem Recht nicht vorgesehen ist.³⁰ Der einstweilige Rechtsschutz dient damit als notwendige Ergänzung zur Gewährleistung der Effektivität des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art 267 AEUV.³¹

Mit dieser Loyalitätspflicht hat sich auch der VwGH bereits befasst und ausgeführt, dass sich aus Art 278 und 279 AEUV (ex-Art 242 und 243 EGV) ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ableiten lässt, wonach während eines laufenden Verfahrens vor dem EuGH auch abseits des Ausgangsverfahrens, das jedenfalls von den Bestimmungen des § 38a AVG bzw § 38b VwGG oder § 19a VfGG erfasst ist, nicht bereits vollendete Tatsachen durch die Behörden der Mitgliedstaaten geschaffen werden sollen, welche nach Ablauf des Verfahrens in der Hauptsache zu nicht wieder gutzumachenden Schäden führen können.³² In Verbindung mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des effet utile des Unionsrechts soll daher mittels einstweiliger Anordnungen sichergestellt werden, dass eine Endentscheidung des EuGH volle Wirksamkeit entfalten kann.³³

Hier zeigt sich auch eine Relativierung des Pauschalurteils in der oben zitierten Entschei-

26 Auch als vorläufiger Rechtsschutz bezeichnet; vgl etwa *Öblinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006) 166 ff

27 Dazu jüngst umfassend *Potacs*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465.

28 Dazu ausführlich *Lenz*, Art 4 EUV Rz 14 in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU-Verträge⁵ 2010.

29 EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame*, Slg 1990, I-2433, Rn 17 ff; EuGH 9.3.1978, 106/77, *Simmenthal II*, Slg 1978, 629, Rn 21 ff.

30 EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame*, Slg 1990, I-2433, Rn 21.

31 EuGH 19.6.1990, C-213/89, *Factortame*, Slg 1990, I-2433, Rn 22.

32 VwGH 20.12.2007, 2004/21/0319; in diesem Sinn auch überzeugend *Öblinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006) 166 ff.

33 Zust dazu auch *Khakzadeh-Leiler*, Vorläufiger Rechtsschutz: Zur Schubhaft während eines Vorabentscheidungsverfahrens, *migraLex* 2009, 9.

derung des OGH: Der OGH hat dort nämlich die Effektivität des Unionsrechts und die Gewährleistung der Entfaltung der vollen Wirksamkeit eines im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteils des EuGH unter Hinweis auf die grundsätzliche (zeitliche) Rückwirkung einer Vorabentscheidung gewährleistet gesehen. Dadurch würde dem Erfordernis der Vermeidung von Nachteilen ausreichend Rechnung getragen werden, da etwa eine unionsrechtswidrig eingehobene Abgabe unter Berufung auf das Vorabentscheidungsurteil des EuGH zurückverlangt werden könnte.

Mit der zeitlichen Rückwirkung von Vorabentscheidungsurteilen allein kann deren volle Wirksamkeit bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen aber keinesfalls gewährleistet werden. So werden durch die Abschiebung von Asylsuchenden aus Österreich nach Griechenland vollendete Tatsachen geschaffen, die im konkreten Fall zudem vor Ablauf des Vorabentscheidungsverfahrens zu nicht wieder gutzumachenden Schäden führen könnten. Diesen Unterschied hat auch der VwGH erkannt und diesbezüglich darauf hingewiesen, dass es auf der Hand liege, „dass es sich bei einem Aufenthaltsverbot um eine derartige Maßnahme handelt, deren Vollzug einen möglicherweise nicht wieder gutzumachenden Schaden nach sich ziehen würde.“³⁴ Dieser Befund gilt naturgemäß auch bei Abschiebungen von Asylsuchenden aus Österreich nach Griechenland, zumal die befürchtete Verletzung von Grundrechten und oder Unionsrecht dadurch bereits eintreten würde und somit ein nicht wieder gutzumachender Schaden droht.

2.4. Effektives Beschwerderecht

Abgerundet wird dieses Bild noch durch das Grundrecht auf wirksamen Rechtsschutz, wie es nunmehr mit Art 47 GRC und Art 19 Abs 1 S 2 EUV ausdrücklichen Eingang ins Primärrecht gefunden hat. Auch aus dieser Perspektive ist zu beachten, dass dem Erfordernis der Wirksamkeit eines gerichtlichen Rechtsbehelfs nur dann Genüge getan wird, wenn mit diesem im Bedarfsfall auch einstweiliger Rechtsschutz verbunden ist.³⁵ Nur wenn es dem Grundrechtsträger möglich ist, bei drohendem Zeitablauf vorläufig Schutz durch die Gerichte zu erlangen, ist dieser Rechtsschutz auch als effektiv und wirksam zu erachten.³⁶

2.5. Bindungswirkung auch für das Bundesasylamt?

Besteht die Pflicht zur Aussetzung von Verfahren nun auch für Entscheidungen durch Behörden, für die weder die Vorlagepflicht besteht, noch die Prinzipien der effektiven Beschwerdemöglichkeit und damit des einstweiligen Rechtsschutzes anwendbar sind, somit für Entscheidungen durch das Bundesasylamt? Wenngleich dem AsylGH vorgehalten werden muss, dass er geradezu willkürlich auf das Prinzip des *effet utile* referenziert, muss

34 VwGH 20.12.2007, 2004/21/0319.

35 Frenz, Handbuch Europarecht Band 4 – Europäische Grundrechte (2008) Rz 5016.

36 Spezifisch zum einstweiligen Rechtsschutz EuGH 13.3.2007, C-432/05, *Unibet*, Slg 2007, I-2271, Rn 72f.

ihm dennoch in seiner Interpretation des Prinzips Recht gegeben werden, wenn er festhält: „[...] zur effektiven Umsetzung des Unionsrechts sind alle staatlichen Organe verpflichtet.“³⁷ Mit dieser Verpflichtung wäre es nicht vereinbar, wenn untere Instanzen durch eine Ausweisung das Risiko einer unionsrechtswidrigen Entscheidung in Kauf nehmen. Denn klar ist, dass mangels aufschiebender Wirkung einer Beschwerde gegen einen Bescheid des Bundesasylamts³⁸ und in Hinblick auf die kurze Rechtsmittelfrist bei Entscheidungen im Anwendungsbereich der Dublin II-VO im Ausmaß von nur einer Woche³⁹ die Wahrscheinlichkeit für potentiell europarechtswidrige Entscheidungen signifikant ansteigt. Direkt aus dem Unionsrecht ergibt sich daher auch hier eine Pflicht, von der Erlassung von Ausweisungsentscheidungen vorläufig Abstand zu nehmen – sei es durch Selbsteintritt oder durch Aussetzung der Verfahren.

3. Schluss

Die europarechtliche Analyse zeigt, dass angesichts der Zweifel an der Auslegung von Europarecht, wie sie sich jedenfalls in der Anrufung des EuGH durch den *Court of Appeal of England and Wales* manifestieren, der AsylGH ebenso wie der VfGH zur Gewährleistung der Effektivität und Wirksamkeit der zu ergehenden Vorabentscheidung des EuGH verpflichtet sind, Abschiebungen nach Griechenland vorerst auszusetzen, indem Beschwerden aufschiebende Wirkung zuerkannt und / oder das Verfahren ausgesetzt wird bzw von der Möglichkeit des Selbsteintritts nach Art 3 Abs 2 Dublin II-VO Gebrauch gemacht wird. Auch das Bundesasylamt ist verpflichtet, von Ausweisungen nach Griechenland vorerst abzusehen. Schon rechtskräftige Ausweisungen dürfen uE von den Fremdenpolizeibehörden nicht mehr durchgesetzt werden, weil sich durch die Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens eine maßgebliche Änderung entscheidungswesentlichen Rechts- und Sachlage ergeben hat, die zur Unzulässigkeit der Abschiebung führt.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht sei noch auf Nachstehendes hingewiesen: Legt ein innerstaatliches Organ eine vorlagepflichtige Frage der Interpretation des Unionsrechts dem EuGH nicht zur Vorabentscheidung vor, so verletzt dieses staatliche Organ die gesetzliche Zuständigkeitsordnung und entzieht den Parteien des bei ihm anhängigen Verfahrens den gesetzlichen Richter, weil eine dem EuGH zur Entscheidung vorbehalten Frage nicht durch diesen gelöst werden könnte.⁴⁰ Nach Meinung des Verfassungsgerichtshofs führt „nicht nur eine grobe, sondern jede Verletzung der Vorlagepflicht zu

37 AsylGH 16.9.2010, S8 415311-1/2010.

38 § 36 Abs 1 AsylG 2005.

39 § 22 Abs 12 AsylG 2005.

40 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (2007) Rz 1522 mwN; vgl auch OGH 22.10.2007, 1 Ob 90/07b.

dieser Konsequenz“.⁴¹ Eine solche Verletzung des Art 83 Abs 2 B-VG durch den AsylGH kann damit zum Gegenstand einer Beschwerde an den VfGH gemacht werden. Wenn dieser seine Rolle als Hüter der Grundrechte und des Europarechts Ernst nehmen will, darf er in solchen Konstellationen vom Ablehnungsrecht des Art 144a Abs 2 B-VG keinen Gebrauch machen. Denn weder kann angesichts der Verfahren vor dem EGMR davon ausgegangen werden, dass die Beschwerde keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat, noch angesichts der Verfahren vor dem EuGH und der Frage der Vorlagepflicht, dass im Hinblick auf Art 83 Abs 2 B-VG die Klärung einer verfassungsrechtlich relevanten Frage nicht zu erwarten ist.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Kocher & Bucher in Wien und Graz und Mitherausgeber des *juridikum*; r.fruhwirth@kocher-bucher.at

Mag. Joachim Stern, Maî, ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und Mitherausgeber des *juridikum*; joachim.stern@univie.ac.at

41 *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006) 192 unter Hinweis auf VfSlg 16.988/2003. Die Vorlage muss auch im Verfahren vor dem Letztgericht von den Parteien nicht angeregt worden sein, vielmehr wäre diese Frage von Amts wegen aufzugreifen.

Thema: recht (de)kolonisiert

Vorwort

von Ilse Koza, Judith Schacherreiter und Almut Schilling-Vacaflor

„Die internationale Arbeitsteilung besteht darin, dass sich einige Länder aufs Gewinnen, andere aufs Verlieren spezialisiert haben.“ Dieser erste Satz in Eduardo Galeanos Buch *Die offenen Adern Lateinamerikas* könnte als vereinfachte Zusammenfassung der jüngsten Weltgeschichte gelten. Die Geschichte der „Kontinente des Südens“ wurde seit der „Entdeckung“ Amerikas 1492 von kolonialer Herrschaft und Ausbeutung geprägt, die auch nach den formellen Unabhängigkeitserklärungen ihre Spuren hinterlassen haben. Dazu treten neue Herrschaftsformen des globalen Zentrums über Peripherie und Semiperipherie. Dem stehen verschiedenste Gegenkräfte und Befreiungsbewegungen entgegen. Was uns an diesem Themenschwerpunkt interessiert, ist die Rolle des Rechts in diesem Kontext. Ausgehend von der Grundüberlegung, dass Recht sowohl als Herrschaftsinstrument dienen, als auch von emanzipatorischen Bewegungen nutzbar gemacht werden kann, geht es uns dabei vor allem um folgende Fragen: Welche Bedeutung kommt dem Recht in Prozessen der Kolonisierung und der Dekolonisierung zu? Welche Rolle spielt es in post- und neokolonialen Machtverhältnissen?

Diese Fragen sollen hier nicht in dieser Allgemeinheit abschließend beantwortet sondern anhand verschiedener Beispiele analysiert und diskutiert werden. Zu diesem Zweck wurden Autor_innen gesucht, die sie in Bezug auf verschiedene Aspekte und Länder behandeln.

Kolonisierungsprozesse waren oftmals mit Landnahmen verbunden und wirken in Landkonflikten postkolonialer Gesellschaften weiter fort. Welche Bedeutung dem Landrecht, also der rechtlichen Bodenordnung, in diesem Zusammenhang zukommen kann, bespricht *Tong Io Cheng* für die ehemalige portugiesische Kolonie Macau, die heute als selbständige Verwaltungszone zu China gehört. Sein Beitrag ist nicht nur rechtsgeschichtlich und -dogmatisch spannend; *Tong Io Cheng* kontextualisiert die Entwicklungen im Landrecht und die portugiesischen rechtlichen Einflussnahmen auch in ökonomischer und politischer Hinsicht und analysiert außerdem das Aufeinanderprallen des portugiesischen und chinesischen Rechtssystems und -verständnisses.

Ein weiterer Beitrag bezieht sich auf Asien. So beschreibt *Surya Deva* die Rolle des Rechts bei Kolonisierungs- und Dekolonisierungsprozessen der ehemaligen britischen Kolonie

Hong Kong, heute – wie Macau – selbstständige Verwaltungszone Chinas. Hong Kong ist (wie Macau) insofern ein besonderer Fall der Dekolonisierung, als diese nicht zur Konstituierung eines formell unabhängigen Landes führte. Hong Kong wurde vielmehr (wenn auch mit einem besonderen Autonomiestatut) an China „zurückgegeben“. Vor diesem historischen Hintergrund erörtert *Deva* auch die rechtliche Ausgestaltung des heutigen Autonomiestatus sowie mit diesem verbundene aktuelle politische und rechtliche Spannungsfelder.

Mit postkolonialen Rechtsentwicklungen in Lateinamerika beschäftigen sich die Artikel von *Guilherme Leite Gonçalves, Judith Schacherreiter, Raquel Yrigoyen Fajardo, Marco Navas Alvear, Ilse Koza* und *Gernot Stimmer*.

Zu Beginn dieses lateinamerikanischen Teils steht eine theoretische Abhandlung zu postkolonialen rechtssoziologischen Perspektiven auf die Rolle des Rechts und des Rechtsdiskurses in Lateinamerika. *Guilherme Leite Gonçalves* skizziert zuerst dominante Ansätze der antidogmatischen Rechtssoziologie Lateinamerikas und alternative systemtheoretische Ansätze. Während die Rechtsdogmatik in der ersten Strömung als entwicklungshemmend und blind für soziokulturelle Realitäten kritisiert wird, heben letztere Strömungen ihre funktionale Bedeutung hervor. Aus einer systemtheoretischen Perspektive wird lateinamerikanischen Rechtssystemen jedoch ihre fehlende Ausdifferenziertheit zum Vorwurf gemacht. Danach eröffnet der Autor eine dritte, postkoloniale Sichtweise auf Rechtsphänomene in Lateinamerika – abseits von gängigen Interpretationen, in welchen die Defizite von Recht und Justiz (gemessen an den als überlegen betrachteten Systemen des Zentrums) im Vordergrund stehen. Der westliche Rechtsdiskurs wird aus einer postkolonialen Perspektive als Instrument für die Naturalisierung und Legitimierung der Herrschaft des Zentrums über die Peripherie entlarvt. Mit der Aufgabe (neo-)kolonialer Ideen westlicher Überlegenheit öffnen sich Möglichkeiten der Dekolonisierung, im Sinne der Verabschiedung des Ziels der Monopolstellung von westlichem Recht und einer Anerkennung von alternativen Rechtsformen sowie einer Pluralität von Rechtsdiskursen.

Judith Schacherreiter beschreibt in Form eines Tagungsberichts aktuelle Debatten, die in Lateinamerika stattfinden und sich mit der Rolle des Rechts im Kontext der eigenen Kolonialgeschichte auseinandersetzen. Sie fasst Vorträge und Diskussionen der diesjährigen Konferenz des Lateinamerikanischen Netzwerks für Rechtsanthropologie (RELAJU) in Lima zusammen. Es handelt sich dabei um eine der größten und wichtigsten Veranstaltungen, die sich in Lateinamerika mit Rechtspluralismus, indigenem Recht und alternativen Rechtswissenschaften beschäftigen.

Eine Mitbegründerin des Netzwerks und Organisatorin des diesjährigen RELAJU-Kongresses ist *Raquel Yrigoyen Fajardo*. In ihrem Beitrag gibt sie einen systematischen und prägnanten Überblick zur vermehrten Anerkennung von kultureller Diversität und zu Rechten indigener Völker in lateinamerikanischen Staaten. Sie beschreibt die Verfassungsentwicklungen seit den 1980ern von der Anerkennung der Multikulturalität der Gesellschaften, über Ziele zur Schaffung plurikultureller Staaten hin zu plurinationalen Staaten,

seit der Annahme der UN-Deklaration über Rechte indigener Völker im September 2007. *Yrigoyen Fajardo* diskutiert die Grenzen der rechtlichen Anerkennung in den jeweiligen Zyklen des pluralistischen Konstitutionalismus und aktuelle Herausforderungen, um in der Praxis gleichwertige interkulturelle Beziehungen und Institutionen zu schaffen. Die Autorin beschreibt sowohl Tendenzen zur Dekolonisierung als auch neue und alte Formen des Kolonialismus gegenüber den indigenen Völkern Lateinamerikas.

Die Verfassungsreformen und darauf beruhende politisch-rechtliche Dekolonisierungsprozesse stehen auch im Beitrag von *Marco Navas Alvear* im Vordergrund. Er beschreibt die Ausdehnung und die Neubestimmung des Konzepts der BürgerInnenschaft in Ecuador. Diese war noch bis Mitte des 20. Jahrhunderts nur für bestimmte Gruppen (Männer, Menschen mit bestimmtem Bildungsniveau und geregelter Einkommen, etc) zugänglich. Die Verfassung von 1998 bedeutet jedoch eine Abwendung von traditionellen Verfassungsdesigns und schafft ein Konzept von „proaktiven BürgerInnen“. Der Autor bezieht sich mit diesem Begriff auf BürgerInnen, die aktiv an der Gestaltung des Staates teilhaben und auf die notwendige Schaffung von sozioökonomischen Bedingungen, die diese Teilhabe in der Praxis ermöglichen. Darüber hinaus kann man in der ecuadorianischen Verfassung von 1998 bereits den Beginn einer Hinwendung zu einem pluralen Verständnis von BürgerInnenschaft ablesen. Die neue Verfassung von Ecuador aus 2008 bekräftigt und vertieft schließlich dekolonisierende und emanzipatorische Entwicklungen im Bereich der BürgerInnenschaft.

Auch Venezuela ist seit dem Amtsantritt von Hugo Chávez und den damit verbundenen Verfassungsänderungen in das internationale Rampenlicht gerückt. *Ilse Koza* analysiert abseits des medialen Schlagabtauschs das Transformationspotential der 1999 ausgerufenen „Bolivarischen Revolution“ am Beispiel der Sozialpolitik. Ihr Blick richtet sich hierbei auf das innovative und progressive Konzept der so genannten *Misiones* (Sozialprogramme zur Armutsbekämpfung), deren Rolle sie im Lichte einer staatlichen und gesellschaftlichen Umgestaltung interpretiert. Nach einer sozio-politischen Kontextualisierung erörtert sie das mit den *Misiones* verbundene Transformationsvorhaben, nämlich alte und traditionelle Strukturen, die auf das von den Kolonialmächten tradierte Staatsverständnis zurückgehen, aufzubrechen. Im Ergebnis soll eine Neupositionierung von Gesellschaft und Demokratie im Sinne einer gerechteren Umverteilung und der Verankerung eines partizipativen und repräsentativen Zugangs gelingen.

Der Beitrag von *Gernot Stimmer* untersucht die Rolle des Rechts im Verhältnis zwischen Europa und Lateinamerika in den letzten zwei Jahrhunderten entlang zweier exemplarischer Fälle von Herrschaftserhaltung bzw -ausdehnung mittels staatlicher bzw supranationaler Rechtssetzung. Er interpretiert erstens die Verfassung von Cádiz 1812 (La Pepa) als Versuch, das spanische Imperium auf der Grundlage eines transnationalen monarchischen Verfassungsstaates zu erhalten; und analysiert zweitens die Rolle des Rechts in bilateralen und multilateralen Beziehungen zwischen der EG/EU und den AKP-Staaten. *Stimmer* thematisiert in seinem Beitrag die ideologische Legitimierung von wirtschaftlichen und politischen Herrschaftsverhältnissen durch den Rechtsdiskurs.

Den Abschluss des Schwerpunkts bildet ein Beitrag, der sich mit Afrika beschäftigt. *Gordon Woodman* zeigt am Beispiel der vormalig britischen Kolonie Ghana auf, dass insbesondere für den afrikanischen Kontext ein Spannungsfeld zwischen regionalem Rechtspluralismus und der Aufoktroierung kolonialen Rechts kennzeichnend ist. Das europäische rechtsdogmatische Weltbild ist mit der Geltung verschiedener Gewohnheitsrechte konfrontiert, die es kaum in die eigene Unterscheidung zwischen Recht und Fakten (Sollen und Sein) einordnen kann und daher typischerweise nicht als Recht anerkennt. *Woodmans* Analyse ist nicht nur rechtshistorisch interessant, sondern er stellt darüber hinaus kritische Überlegungen betreffend den Rechtsbegriff als solchen sowie das Verhältnis von Recht und anti-kolonialen Befreiungskämpfen an, die für die postkoloniale Rechtswissenschaft generell von Bedeutung sind.

Alle Artikel haben etwas gemein: Für uns aus dem globalen Zentrum implizieren sie ein radikales Infragestellen unserer eigenen Rechtsrealität, Rechtswissenschaften und unseren Konzepten, die für uns zu Selbstverständlichkeiten geworden sind. Insofern stellen sie eine Welt auf den Kopf.

Between Harmony and Turbulence

The evolution of Macau Land Law
in the “Colonial” and the “Post Colonial” Context

Tong Io Cheng

1. Introduction

Elaboration and revision of land laws has always been given a very special political significance. Despite their ordinary position in the hierarchical system of normative acts, land laws have a far more sensitive interaction with political and economic environment as well as ethical values than any other ordinary law, all over the world.¹ Reforms of land laws have typically reflected deep social changes and often have even been directly linked with social revolutions. Social upheavals caused by land law reforms have been recorded many times (the most recent one is still on-going) in the thousand-year-long nation building process of China.² When the Portuguese settled down in their colonies after the “Great Discovery”, land law was one of the earliest legal institutions which they established, and in the whole colonial period, modifications of overseas land laws always reflected certain political developments in this first oceanic kingdom of world history.³

This essay intends to demonstrate the correlation between modifications in land law and the social and political evolution of Macau, from the days of Portuguese occupation until today.

2. Setting the Stage

2.1. The first encounter, its context and aftermath

Today, Macau is a Special Administrative Region of the PRC (People’s Republic of China) geographically linked to but politically separated from the Zhuhai. The foundation of Macau as a commercial centre between the east and the west can be traced back to the

1 About the relation between land law and human rights, see Judith Schacherreiter, Land reform between economic interests and demands for food and shelter security, in *The New Trends of Land Law Reform*, University of Macau, 2010, p. 41.

2 For an overall account of Chinese land laws, see G. Zhao, Zh. Y. Chen, *History of Chinese Land Institutions*, Linking Books, 2005.

3 António Martinez Valadas Preto, O Regime de Terras do Estado em Moçambique, in *A Questão das Terras em Macau – Doutrina, ñEspecial da Revista Jurídica de Macau*, 1997, p. 9 ss.

first encounter between Portugal and China in 1513, when the Portuguese treasurer Jorge Álvares landed on the Shangchuan island, a small island within the Guangdong Province. Soon afterwards, a large expedition of Portuguese was sent to establish trade relations with local Chinese authorities.⁴ After strong ruptures of the seemingly harmonious relations and military encounters between the Chinese and the Portuguese merchant sailors, in 1557, the Portuguese were allowed by local Chinese officials to settle in Macau permanently against the payment of an annual rent of 500 taels of silver.⁵ However, there was no written agreement. It is assumed that this permission was given because the Portuguese helped China to expel pirates around the southern sea of China, and thus gained the trust and recognition of local Chinese officials and merchants.⁶

At the beginning of the 16th Century, China was a dominant economic force in the global trade scenario. Its massive production of porcelain and silk, as well as the crazy demand for silver created great opportunities for profits, which stimulated trans-continental commerce.⁷ Even when the economy of China faced a recession in the subsequent centuries, it continued to be the largest integrated economic system in the world. It is particularly interesting that land productivity in the four most productive provinces of China was much higher than land productivity in England and Wales, the most prosperous countries in Europe.⁸

For Portugal as well, the 16th century was the century when it reached its economic apogee. It became a new power in the world of navigation and trade. The Church agreed that the non-Christian world should be divided into two parts, shared between Portugal and Spain (Castellan). Shortly after this promulgation of a new world order, the occupation in India and Brazil brought in large areas of land and supply of natural resources, while the settlement in Macau opened the gate for a bigger volume of trans-continental trade. In this period, the Portuguese were busily shipping silver and timber from America and spices (pepper) and porcelain from the Far East.⁹ The international trade was extremely profitable. However, when prices of goods in Europe were boosted and trade competition aggravated in the late 16th century, Portugal quickly fell into deficit. In the 17th Century, the Royal Court even had difficulties in paying the salaries of its officials. It was the discovery of a gold mine in the 18th century in Brazil that saved the last vestige of dignity of this first-generation marine empire.¹⁰ Also in terms of population, China was more powerful than

4 Pires, B. V. [1991] „Origins and Early History of Macau“ in Cremer, R. D. (ed.), *Macau: City of Commerce and Change* (Hong Kong: API Press) (2nd Ed.).

5 *Ibid.*, p. 10.

6 Jorge Noronha e Silveira, *Subsídios para a História do Direito Constitucional de Macau, 1820-1974*, tradução por C.Y. Sam e H.F. Vong, GTJ/ADAT, 1997 p. 1.

7 Cfr. Dennis O. Flynn and Arturo Giraldez, *China and the Birth of Globalization in the 16th Century*, Ashgate Variorum, 2010, pp. 217-218,

8 Jürg Helbling, *Agriculture, population and state in China in comparison to Europe, 1500-1900*, in *Agriculture, population and economic development in China and Europe*, Breuninger Stiftung GmbH, Stuttgart, 2003, p. 118.

9 See José Hermano Saraiva, *História Concisa de Portugal*, Editora Montanha das Flores, 1994, p. 140.

10 *Ibid.*, p. 181-228.

most European countries and definitely more powerful than Portugal. In consideration thereof, it would be reasonable to conclude that "... before the 19th century, an effective colonization of the Middle East, Persia, or even India, not to mention China and Japan, was beyond European imagination."¹¹

2.2. Legal background and land law

In the 16th century, in Ming China, the main laws, in a formal sense, were included in a compilation named "*Da Ming Lü*" (The Law of Great Ming), a compilation of rules (above all criminal law rules).¹² For civil law matters, although the idea of a judicially enforceable agreement ("*yue*") appeared already in the Han Dynasty, the state never deemed it necessary to promulgate a body of rules describing the details of such matters during the whole imperial period (up to the last years of the Qing Dynasty). The Confucian normative system [in particular the norms of rites ("*Li*") and customary practices dominated this area for more than 2000 years in the Chinese imperial history.¹³

In Portuguese legal history, the period between 16th Century and 19th Century was characterized by successive compilations of a series of ordinances (the *Ordenações Afonsinas* of 1446, *Ordenações Manuelinas* of 1514, *Colecção das Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Lião* of 1569, *Ordenações Filipinas* of 1595). It is probable that the *Ordenações Afonsinas*, the first and the paradigm of all ordinances, was influenced by the Decrees of Gregory IX, a compilation divided into five books. This compilation included rules on administration of justice, royal and municipal posts, privileges, tax, criminal offenses, civil matters and legal procedures.¹⁴ Nevertheless, the main body of law related to personal status and patrimony were left to subsidiary sources such as Canon law and Roman law. When the Portuguese first settled in Macau, the *Ordenações Manuelinas* which maintained the traditional structure were in force. From this moment on, all major changes in the continental Portuguese legal system affected Macau law (including the Civil Code of 1966 which ceased to be effective only in 1999).

As far as land law is concerned, one final remark must be made on Chinese law before we

11 Rolf Peter Sieferle, Why did industrialization start in Europe (and not in China)?, in Agriculture, population and economic development in China and Europe, Breuninger Stiftung GmbH, Stuttgart, 2003, p. 65-66.

12 Y.G. Su, *Ming Qing Lü Dian Yu Tiao Li* (Codes and Regulations in the Ming and Qing Dynasty), CUPL Press, 2000, p. 95-97.

13 As early as in the late Qing Dynasty (by Q. Ch. Liang) and in the Republican China (by Zh. X. Mei, Ch. Q. Hu, Sh. K. Shi etc.), there were already debates about whether Civil Law existed and how it existed in the ancient China. This debate was later joined by western historians and legal scholars. The conclusions were not unanimous, but most of them admitted the value of Confucian "Rites" and customary practice. For a clear account of this issue, see Zh. P. Liang, *Customary law in Qing Dynasty: Society and State*, CUPL Press, 1996, p. 1. As far as western literatures are concerned, see Jean Escarra, *Le droit chinois*, Paris, 1936, p. 11 ss; António Manuel Hespanha, *Panorama Histórico do Direito Chinês. O Pensamento Jurídico*, Macau, Faculdade de Direito, 1994-1995, p. 10; Hugh T. Scogin, Jr., *Civil "Law" in Traditional China: History and Theory*, in *Civil Law in Qing and Republican China*, 1994, Stanford University Press, p. 33-39.

14 For a detailed account of Portuguese law in the Epoch of Ordinance, see M. J. Almeida Costa, *História do Direito Português*, Almedina, 1996, pp. 273-340.

can move on to discuss the Macau case critically. In relation to the idea of land ownership or rights on lands, the earliest and most frequently cited text is a song from the Book of Poetry¹⁵ which reads as follows: “Under the wide heaven, all is the King’s land. Within the sea-boundaries of the land, all are the King’s servants.” (Northern Hill, *Minor Odes of the Kingdom, The Book of Poetry*¹⁶). By a very restrictive and isolated reading of the above song, it seems that in ancient China (Zhou Dynasty or earlier, some 3000 years ago) there was no room at all for ordinary people to possess any right on land. However, it is strongly questioned to what extent the royal control over land was effectively exercised in such a big country and whether civic and economic activities did not imply at least a minimal basis of “private property”¹⁷. Passages in other classic documents such as the Mencius and the Book of Rites seem to indicate that a kind of feudalism was generally practised in the Zhou Dynasty,¹⁸ so that several layers of possession could be established on the same piece of land nominally belonging to the King. The widespread prevalence of private property as well as the official recognition of private land as distinct from public land occurred in the period of the Tang Dynasty (~719 A.D.). The “Six Codes of Tang” (elaborated in 738 A.D.) implied a detailed system to distribute land to ordinary people. And most important of all, public and private land was equally protected.¹⁹

The land system established in the Tang Dynasty was inherited in the following centuries by other forthcoming dynasties (including Ming and Qing) with some modifications. Generally speaking, throughout the whole Chinese history (except wartime period), “land property rights” were respected by the central and local governments most of the time. Recently, a western scholar noticed that in early modern China, there was a strict link between tax payment and the protection of land property. A tax payment receipt not only served as a proof of liquidation of tax duty, but also of land transaction; sometimes, it even legitimised an illegal occupation of land.²⁰

15 The Book of Poetry should have been collected in the legendary Zhou Dynasty, and was later included as an element of the Confucian Five Books and Four Classics.

16 The Chinese Classics, with a translation, critical and exegetical notes, prolegomena, and copious indexes, by James Legge, Vol. IV, Hong Kong University Press, 1970, p. 360-361.

17 In fact, economists and lawyers nowadays have already noticed that the distinction between public and private property was never clear. See, e.g., John Christman, *Myth of Property: toward an egalitarian theory of ownership*, Oxford University Press, 1994.

18 See Y. Li, & J.G. Wu, *A historical account of public land property system in ancient China*, Yunan People Press, 1997, pp. 12-13.

19 R. Cai, *A study on the real rights in ancient China*, ZGJCCBS, 2009, pp. 95-97.

20 See Anne Osborne, *Property Taxes, and State Protection of Rights*, in *Contract and Property in Early Modern China*, Stanford University Press, 2004, p. 121 ss.

3. Evolution of Macau land law before the “colonization period”²¹

3.1. Land related legislations under the main theme of balance and harmony

The Portuguese coming to Macau in the XVI century did not act like conquerors or a violent colonial power; they had rather faces of merchants or visitors. When the number of Portuguese settlers began to grow, they started organizing their own political and municipal unit, the *Senado* (Senate). This was accompanied by the influence of Portuguese law and legal institutions. For example, the regime of *ouvidor* (Chief Justice) was established almost as soon as the Portuguese community was settled in Macau. In 1642, they already had installed their institution of a Notary.²² It is quite obvious that from the middle of the 16th century to the middle of the 19th century, Portuguese law was applied in Macau, though beliefs differ about the extent of this legal influence. Dominant historical views indicate that the Portuguese *ouvidor* had jurisdiction over suits among Portuguese, and applied Portuguese laws, but did not intervene in legal disputes among Chinese people, which were governed by Chinese legal rules (formal rule or customary practice of Ming and Qing dynasties). A very special case of exception was Chinese residents of Macau who turned into Christians. In this case, regardless of their nationality, Portuguese law was applied.²³

Gradually, a kind of balance or harmony was established between the Chinese Government and the Portuguese community in Macau. A Portuguese author described the scenario in the following way: “[A] dualism has been shown in all aspects of life: in the exercise of political power, the administration of justice, religious structures, trade affairs, even the urban administration.”²⁴

With regard to land law, according to a set of official documents issued in the early 19th century, Chinese officials ordered that pieces of land in Macau should be rented to the Portuguese; Chinese residents were allowed to move out of Macau, but population from the mainland were not allowed to move in and build houses.²⁵ On the other hand, according to an *Alvara* (Vice Regal Decree) issued in the early 18th century by the Portuguese State Council, Portuguese in Macau were not allowed selling or mortgaging (“*hipoteca*”) houses

21 The word colonization or alike is within parenthesis whenever it is associated with Macau because its status as a colony was not directly or officially confirmed, neither by Portugal nor by China. Yet in material sense, even before the 19th century take over of Amaral, the Portuguese Government already included Macau in its territories, and treated it as one of its colonies in a number of political and legal issues.

22 D. João Marques Moreira, appeared as the drafter of The proclamation of D. João IV, is a notary. Cfr. Arquivos de Macau, Vol. I, pp. 127-135. The English version of this document can be found in C. R. Boxer, *Seventeenth Century Macau in Contemporary Documents and Illustrations*, Heinemann, 1942, p. 147 ss.

23 A. M. Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Fundação Macau, 1995, p. 30, 45.

24 Afonso, R. and Pereira [1986] “The Political Status and Government Institutions of Macau” 16:1 *Hong Kong Law Journal* 28-57.

25 F. Liu (editor), *Colecção de Documentos do IAN/TT Referentes a Macau durante a Dinastia Qing*, Vol. I, Fundação Macau, 1999, p. 30-31.

to non Portuguese.²⁶ Additionally, there is solid documentary proof of land transactions done according to the Portuguese law.²⁷

The above facts seem to indicate that before the colonial period, the Portuguese land law (comprising those in the Ordinance and Roman law) was already the only land law applicable in Macau. However, two inferences drawn from the same set of documents do not allow for this assumption. First, the order of the Qing officials clearly demonstrated that Chinese living inside Macau, before the Portuguese moved in, were allowed to stay and own their property or to transact it in accordance with Chinese law. Second, the above mentioned Portuguese prohibitions imply that there were Portuguese residents ignoring the rule and selling or mortgaging houses to Chinese. Therefore, the most reasonable conclusion shall be that before the colonial period, Portuguese land law applied dominantly inside Macau but in general, it was still a system of legal pluralism.

3.2. Dogmatic difficulties hidden behind harmonious pluralism

In the previous discussion, we have demonstrated that Portuguese land law was at least applied on transactions of landed property in Macau, though not exclusively. It is also clear that in the Portuguese legal system of the 16th century, Roman law was the main body of law governing land transactions and civil life in general. According to the Roman legal concept, a sale or purchase of land is only valid if the seller has ownership. However, it is assumed that the Portuguese were asked to pay a ground rent (*foro do chão*).²⁸ Hence, the tenures they had over Macau lands must be considered as a lease, which is a concept clearly different from ownership under Roman law.

However, this dogmatic contradiction was considered neither by the Portuguese nor by the Chinese living in the era. Even according to official records from both sides, lands in Macau were protected and transferred, as if the Portuguese did have ownership.²⁹ Of course, this was in accordance with Portuguese interests. However, it is less clear why also Chinese officials disregarded this contradiction. In early modern times, the Roman concept of ownership was not known by the Chinese. For them, the permission given by the Ming Dynasty and later by the Qing Dynasty implied only the right of the government to supervise the activities of the Portuguese and to collect rent from them every year. They had no difficulty qualifying a Portuguese settler who built a house inside the rented territory as the owner of that land and house. In fact, for ancient Chinese intellectuals and government officials, the border line between politics and law was blurred.

26 Luís Gonzaga Gomes, *Macau-um município com história*, Leal Senado de Macau, 1997, p. 163.

27 The last two cases can be found in P. Manuel Teixeira, *Toponímia de Macau*, Vol. I, Instituto Cultural de Macau, 1997, p. 332 & p. 512.

28 Geoffrey C. Gunn, *Encountering Macau: A Portuguese City-State on the Periphery of China, 1557-1999*, Editora Gunn, 2005, p. 16.

29 F. Liu (editor), *Colecção de Documentos do IAN/TT Referentes a Macau durante a Dinastia Qing*, Vol. I, Fundação Macau, 1999, p. 31.

Besides, since the so-called “lease” was not a written agreement, in the Qing Dynasty, it was almost impossible to define the exact area rented to Portuguese settlers. However, it should be noted that throughout the late Ming Dynasty and Qing Dynasty, the Portuguese were not allowed to build new houses without permission of Chinese officials, and the original area attributed to the first comers extended only to the size of one narrow street (from the Forteleza Monte to the Colina de Penha). Despite of all these constraints, starting from the 17th century, the Portuguese, through various means, gradually occupied the lands surrounding the original settlement spot.³⁰ As a consequence, Portuguese assumption of primitive rights over the lands they occupied without the permission of Chinese remained controversial in later periods.

Normally, intellectuals of the ancient European powers (here we mainly refer to Portugal and Spain) sometimes justified their conquest and occupation (colonization) with religious reasons (the divulgation of Christian faith), arguing that the use of force in such cases corresponded to justice.³¹ However, to the case of Macau, this argument couldn't be applied, because when the Portuguese first came in, they did not conquer nor occupy Macau but lived there under a lease agreement.

Although Portuguese settlers did not colonize nor conquer Macau by force at the beginning, the harmonious “*convívio*” among Chinese and Portuguese in this small island gradually lost its foundation as soon as the Qing government started decaying and falling in the late XVIII century.

Since the *Providências Régias* (Royal Provisions) of D. Maria I of 1783, the intention of Portugal claiming sovereignty over Macau became more and more clear. The Portuguese seizure of control over Macau started in the XIX century with the intervention of their Governor in all issues related to urban and rural administration of this “territory”³², and at the same time, claiming jurisdiction over the Chinese in and around Macau. In 1822 the Portuguese Constitution declared Macau an integral part of Portuguese territory (the first time Portugal claimed sovereignty over Macau); and in 1845 Portugal declared Macau a free port, challenging the Chinese right to levy and collect custom duties.³³

Of course, as shown in the history, the claim of sovereignty by Portugal in the late 19th century was a venture in international politics which turned controversial later. Chinese scholars refused this claim. According to the traditional Chinese political philosophy, it was normal that relevant organs of foreign societies governed the disputes within their own societies. Accordingly, the self governance of a foreign population in a Chinese land

30 H. Ch. Wang, The negotiations on the boundaries of Macau in the late Qing and early Republican China, in *New Conspectus of Macau History*, Fundação Macau, 2009, pp. 263-265.

31 Legal historian A. M. Hespanha termed it “A antropologia jurídico-política da expansão portuguesa”. See A. M. Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Fundação Macau, 1995, p. 31.

32 Jorge Noronha e silveira, *Subsídios para a História do Direito Constitucional de Macau, 1820-1974*, tradução por C.Y. Sam e H.F. Vong, GTJ/ADAT, 1997 p. 12.

33 Yash Ghai, *The Basic Law of the Special Administrative Region of Macau: Some Reflections*, *International and Comparative Law Quarterly* (2000), 49:183-198.

in no way indicates a loss of sovereignty or loss of jurisdiction. It should however be noted that in Macau or even in the whole Chinese Empire of the 16th century, law was not consciously identified as a separate element, but instead, an expression of political, economic or military power.

Who held sovereignty³⁴ over Macau after the take over remained a controversial issue for quite a long time. If not the sovereignty, the kind of power held by the Portuguese government over Macau during that period became ambiguous. It was only recently that it was re-qualified by a famous historian as a distinction between *dominium directa* and *dominium utile*.³⁵

Our concern focuses on the fact that with the political changes in the forthcoming period, the Portuguese finally found a way to formally legitimise the possessions of land around Macau which had been irregularly occupied and used without the permission of Mandarin.

4. The evolution of Macau land law in the “colonial period”

4.1. The take over and the consequence of violence

In 1849, Governor Ferreira Amaral took full control of Taipa and Coloane and jurisdiction of the Qing Government over Chinese residents in Macau. Later on, the Treaty of Beijing led to a remarkable integration of Macau into the Portuguese constitutional and administrative system.³⁶ According to some scholars, in this period, Portugal finally established its colonial domination in Macau.³⁷ As a consequence, the main body of Portuguese law was applied to its entire society, in particular the Penal Code (Código Penal) of 1852, the Civil Code (Código de Seabra) of 1867, the Civil Procedure Code (Código de Processo Civil) of 1876 and the Commercial Code (Código Comercial) of 1888). With regard to the political status of Macau and the Portuguese influence to the lives of local people, two legal documents are particularly important. First, the “Tratado de Amizade e Comércio com a China” (Treaty of Amity and Commerce with China) signed in 1862 and confirmed by the Qing Government in 1887, which recognized Portugal’s perpetual occupation and governance of Macau; and second, the “Código dos Usos e Costumes dos Chinas de Macau” (Code of Usages and Customs of Chinese in Macau) of 1909, which collected

34 The attitude of Portuguese towards the question of sovereignty of Macau easily leads one to compare to the situation of the foundation of Portugal as an independent nation. See M. J. Almeida Costa, *História do Direito Português*, Almedina, 1996, p. 159 ss.

35 Antonio Vasconcelos de Saldanha, *O Tratado de Amizade e Comercio entre Portugal e a China de 1887*, in *New Conspectus of Macau History*, Fundação Macau, 2009, p. 218.

36 Under the 1888 Beijing Treaty China agreed to the perpetual occupation and government of Macau by the Portuguese, and in return Portugal agreed not to alienate Macau to another state without Chinese consent.

37 Z.L. Wu, *Macau Political System*, Macau Foundation, 1997, p. 89; Y.T. Mi, *Macau Legal System and Continental Law Family*, CUPL Press, Beijing, p. 19.

some norms from the Guangdong and Guangxi Provinces, mainly related to marriage and succession.³⁸

4.2. The interaction between the evolution of land law and the take over

In the 19th century, the *Conselho Ultramarino* (Overseas Council) discovered that a systematic regime of land regulations would be a positive factor for the colonial enterprise. Therefore, the “Lei de 11 de Abril de 1856” (Law of 11 April 1856) was issued. In fact, it was the first law made by Portugal to regulate systematically the occupation and transaction of non-cultivated land in the overseas.³⁹ Later on, a series of legislative steps (in 1901, 1908, 1928, 1940, 1961, 1965, 1973 and 1980) were taken to modify or substitute this law. It was due to this series of land related legislations that the Chinese residents were obliged to transact and register their rights in the land they had owned and transacted for generations in accordance with the law or customary norms of their motherland. In fact, many of the local residents failed to comply with the regulations imposed by the new land laws, and remained in possession without a legal title, impacts of which have subsisted until today. Additionally, it must be noted that these land laws were not the laws applicable to Portuguese in their homeland, but laws tailor made for overseas colonies. The application of the land law of 1856 was actually considered a move towards colonization.⁴⁰

In fact, the elaboration of this first comprehensive land law for overseas territories was provoked above all by international politics. Given that in the 19th century, European powers were harshly competing for colonial resources, Portugal needed to consolidate and legitimate its control over its existing and traditional colonies. This first overseas land law partly served this purpose, because it legitimised the lands in overseas territories which were originally occupied after military conquest by the Portuguese and citizens of other nationalities according to the positive law.

Technically, this law also represented an important improvement in the management of colonial territories. The law was systematic and covered quite a number of important issues such as: 1) the conditions and formalities for Portuguese and foreigners to acquire land in overseas territories (mainly through purchase and sale and *aforamento*, i.e. perpetual grant); 2) the power of the Governor; 3) the duties of the grantee; 4) the demarcation of land; and 5) the documentary proof of rights, i.e. the so called “*titulos*” or “*carta*”.⁴¹

38 A. M. Hespânia, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Fundação Macau, 1995, p. 64.

39 António Martinez Valadas Preto, *O Regime de Terras do Estado em Moçambique*, in *A Questão das Terras em Macau – Doutrina*, no. Especial da Revista Jurídica de Macau, 1997, p. 27 ss.

40 Ibid.

41 For example, article 56, (3): “A posse dos terrenos, ou comprados ou aforados, não poderá ser tomada nem conferida senão à vista das respectivas cartas, passadas em devida forma; nem os compradores ou enfiteutas poderão fazer contrato algum sobre os mesmos terrenos enquanto lhes não forem dados ou distribuídos”, apud António Martinez Valadas Preto, *O Regime de Terras do Estado em Moçambique*, in *A Questão das Terras em Macau – Doutrina*, n. Especial da Revista Jurídica de Macau, 1997, p. 30 ss.

4.3. Legal and ideological contradictions

However, soon after the land law of 1856 was promulgated, another important event in the Portuguese legal history occurred: the publication of the *Código de Seabra* (the Civil Code) of 1867 and its extensive application to overseas territories in 1869.

It is no surprise that the coexistence of these two legislations provoked contradictions. The 1856 land law for overseas colonies had its ideological roots in feudal hegemony, based on the relations between the monarchy and its subjects and according to which sovereignty and ownership were hardly distinguished. On the other hand, the *Código de Seabra* was a Code deeply influenced by humanist and individualist ideology inspired by the French Civil Code of 1804; it restored the absolute nature of ownership, and sainted the importance of free will in most of its institutions.

Without any doubt, the ideology represented by the *Código de Seabra* was dominant in Portugal during the second half of the 19th century. However, as far as the colonies were concerned, political interests demanded that the general law (*Código de Seabra*) was derogated by the specific law (land law).⁴²

In fact, Portugal was not the only country that fell into this kind of contradiction. Similar difficulties had been encountered by other colonial powers in the 19th century.⁴³ After all, it was admitted that liberalism and colonialism were incompatible. And this was the reason why a process of decolonization started in the next century.

5. Macau land law in the “post-colonial” context

5.1. The decolonization process and the “Estatuto Organico”

In the twentieth century (with the Portuguese Constitution of 1911), Portugal adopted a new policy of decentralization towards its colonies. Soon after this policy was declared, the Congress established for almost all colonies a set of para-constitutional organic rules (generally under the title of *Lei Orgânica* or *Cartas Orgânicas*).⁴⁴ After the overthrow of the monarchy in 1974, Portugal started its policy of decolonization, promoting self-determination and independence of its colonies. However, in this process, Macau was not treated as a Portuguese colony because of its special political status which Portugal and China had implicitly agreed. As a result, the decolonization policy of Portugal did not detach Macau from the Portuguese administration, but as a minor effect, it implied a new level of autonomy through the elaboration and enforcement of the “*Estatuto Orgânico*”, namely, the Law 1/76 of 27 of February 1974.

42 See António Martinez Valadas Preto, *O Regime de Terras do Estado em Moçambique*, in *A Questão das Terras em Macau – Doutrina, n Especial da Revista Jurídica de Macau*, 1997, p. 37.

43 For example, the case of United Kingdom in Africa, see T.W. Bennett, ‘African Land – A History of Dispossession’, in *Southern Cross Civil Law and Common Law in South Africa*, Clarendon Press Oxford, 2005, p. 69.

44 A. Oliveira Marques, *Breve História de Portugal*, Editorial Presença, 1995, p. 677.

This law totally changed the political structure of Macau. First, it elevated the status of the Legislative Assembly, turning it into a real and independent legislative body, while maintaining the legislative power of the Governor. This structure turned out to be controversial and ignited conflicts between the Governor and the Legislative Assembly which led to the dissolution of the later in 1984. Secondly, the office of the Adjunct Secretaries (*Secretários Adjuntos*) was established in order to take charge of various aspects of administration. Finally, the judiciary became autonomous from Portugal.

5.2. A new assembly and a new land law for Macau

Shortly after the first Legislative Assembly was established, the elaboration of a new land law for Macau appeared on its agenda. For several reasons, this was no surprise. Firstly, at the political level, the newly elected Legislative Assembly needed to work on an important issue in order to demonstrate its authority granted by the new statute. Secondly, at the economic level, since the open door policy of China had drastically increased the population of Macau, land uses and land transactions had grown rapidly; acute conflicts resulted in the need for a profound revision of the existing colonial land law. Thirdly, the then president of the Legislative Assembly, Mr. Carlos D'Assumpção, had gained experience in the legislative process of Portuguese colonial land law revision in 1973 and was therefore enthusiastic about the topic.

Of course, a new land law could not be invented out of nothing all of a sudden. Hence, the previous Portuguese colonial land law (in its version of 1965 and 1973) was taken as its model. Yet, the new law had some specific targets. For example, it should create rules more appropriate to the urban nature of most of the lands in Macau and address the problem of lands transacted through irregular private documents (in particular lands acquired through the so-called “deed of silk paper”⁴⁵). Furthermore, it should respond to the need for developing big infrastructure and tall buildings for the massive economy and encourage the private sector to develop urban housing projects by reducing the cost of transaction. This new law, drafted with good technique and sensitive to the development of the society in various aspects, was passed by the Legislative Assembly in 1980 (Law 6/80 of 5 July). It provided a detailed process of public tender and gave more importance to the mechanism of leasing grant (*concessão por arrendamento*) instead of the traditional mechanism of perpetual grant (*concessão por aforamento*). In order to avoid speculation, it strictly limited the change of usage after the land was granted. Furthermore, it carefully regulated the connection between land rights, the cadastre and registration. The problem of “deed of silk paper”, however, was left to future special legislation.

At that time, this law received very high comment from one of the most famous law professors of Portugal, Prof. João Antunes Varela, who praised the legislator for drafting a law

45 Documents written in silk papers with Chinese Calligraphy recording land transactions dated back to the Ming Dynasty or Qing Dynasty, yet not recognized by the Portuguese Government.

with an exceptional political talent and a legal culture and technique comparable to the European level, which represented a signal of emancipation of the local administration.⁴⁶

5.3. Blemishes of the pearl? Critics against the Macau Land law of 1980

Contrary to the comment of the Portuguese Professor, after the handover of Macau to China in 1999, media and politics severely criticized the land law of 1980. In fact, even before the hand over, this normative document had already frequently been the object of polemics. From the year of its enforcement to 1995, a total of seven amendments were made. Between 1993 and 1999, dozens of verdicts were handed out by the Macau High Court (Tribunal Superior de Justiça de Macau) in relation to land disputes.⁴⁷ The harshest criticism of the 1980 land law came in December of 2006, when the Secretary of Transport and Public Works was arrested and later found guilty of corruption for having received hundreds of millions through abusing his power for land grants.

Apparently, the above accounts are more than enough to condemn the legislative quality of the 1980 Macau land law and provoke the question why the generous comments of the Portuguese Professor finally turned into a mockery for the Macau Government. With regard to technical aspects, we may agree with the judgment of the esteemed (late) Portuguese professor. However, the problem is that the success and effectiveness of a law depend on a lot more aspects than the legislative technique alone. Although the legislator had been sensitive enough to provide a systematic institution, bound by political constraints, he left out cases of exception for the use of arbitrary power of the Governor. Furthermore, also for political reasons, the law openly refused to address the problem of indigenous rights on lands without a formal title. These “loop holes” created deliberately by the legislator turned into a disaster. On the one hand, as soon as the law was enforced, indigenous people and merchants purchasing land from these people immediately noticed that they had to resort to the court for recognition of land rights. Therefore, the political strategy of not addressing the problem of “Deeds of Silk Paper” in fact shifted the entire burden to the court. On the other hand, as far as the granting of public land was concerned, neither the Governors in the Portuguese administration nor the later Secretary of Transport and Public Works of the SAR Government treated the law seriously. The normal procedure of open tender was rarely used; instead, almost all lands were granted through the so called exceptional route.

46 See Antunes Varela, *Ilustre Jurista e Homem Público*, in Carlos D’Assumpção, *o Homem, o Jurista e o Político*, Instituto Jurídico de Macau, 1996, p. 133.

47 See *A Questão das Terras na Jurisprudência de Macau*, No. Especial da Revista Jurídica de Macau, GADI, 2003, p. 9 ss.

5.4. Final remarks

If we were asked to give a final remark on the 1980 Macau land law, the only thing we can add is that it is a product of a peculiar era under a peculiar post colonial context and, therefore, it had features of such an era and such a context.

It was under the same context that the Macau Government decided to have another thorough revision of its land law in 2008. At this point, Macau was no longer a “colony” or a “Chinese territory under Portuguese administration”, but a Special Administrative Region of China with a high degree of autonomy. Economically supported by the strong income from the gaming (gambling) industry, Macau has turned into one of the richest cities in the world. Land resources are scarce all over the world, but they are particularly scarce in Macau.

Hence, we believe for a future amendment of this law, what is most important is the fairness of distribution. “[...] That who possesses a state or a family concerns himself not with scarcity, but rather with uneven distribution.” (The Analects, Jishi XIV) The revision and amendment of Macau Land Law have already started since 2008, and a new law shall be produced soon.⁴⁸ Be the future law a factor of harmony or turbulence depends a lot on the intelligence of the Government.

Tong Io Cheng is Associate Professor at the University of Macau, Faculty of Law; ICTong@umac.mo

48 Cfr. Texto para consulta das propostas de revisao preliminar da Lei de Terras e dos diplomas complementares, Grupo de Trabalho para Revisao e Alteracao da Lei de Terras, DSSOPT, 2008.

The Role of Law in Hong Kong's (De)Colonisation: A Critical Narrative

Surya Deva

1. Introduction

Law¹ is a powerful instrument with multiple functions, which sometimes might appear to be contradictory. For instance, law empowers, but it also disempowers, for example, by excluding certain people from its protection.² Similarly, it both confers and limits the exercise of authority over others. Law is invoked to protect as well as undermine human rights.³ In the past, law has been used to colonise people and thus undermine their autonomy; in modern times, law is employed to preserve autonomy both of people and territories. Law's capability to punish people is well-known. But law can also be used to avoid punishment, e.g., by conferring immunities or providing a limitation period to initiate a legal action. In the international arena, law generally safeguards the sovereignty of states, but law has also been invoked to invade other states and thus breach this sovereignty.

One such contradictory character of law will be discussed in this paper by analysing the role of law for colonisation and decolonisation. The analysis is done with reference to the transition of Hong Kong from a British colony to an autonomous region – the Hong Kong Special Administrative Region (HKSAR) – of the People's Republic of China (PRC/China). I will offer a critical narrative of three different phases of this experience: the British colonisation of Hong Kong through several treaties signed with the Chinese Emperors; decolonisation from 1 July 1997 under the 'one country, two systems' principle; and the stress to its Basic Law's guaranteed autonomy experienced by the HKSAR since 1997.

The analysis below will show how law was employed first to colonise Hong Kong and then to decolonise it by establishing an autonomous region within the authority of China. It seems that the very law which preserved the autonomy of the HKSAR (i.e., the Basic Law) is now being invoked to undermine that autonomy.

1 The term 'law' is used here in a wider sense so as to include the higher law (such as the Constitution), statutes enacted by a legislative body, and subordinate legislation.

2 See Surya Deva, "Exclusions from Constitutional Law": Presenting and Unpacking the Idea' (2010) 2 City University of Hong Kong Law Review 1-3.

3 Post-9/11 laws enacted in several jurisdictions are a good example of how the state could employ law to lawfully undermine human rights.

2. The process of colonisation

Britain acquired jurisdiction over different parts (i.e., Hong Kong Island, Kowloon and the New Territories) of Hong Kong by virtue of several treaties signed with the Chinese Emperors in the 19th century. These treaties were triggered by a conflict of trading interests between Britain and China, which ultimately led to the Opium Wars.⁴ The 1841 Convention of Chuenpi ceded Hong Kong Island to Britain.⁵ This agreement was, however, repudiated by both parties.⁶ Subsequently, the Treaty of Nanking 1842 ceded in perpetuity the Hong Kong Island to Britain.⁷ Later on, whereas the Convention of Peking 1860 ceded the Kowloon peninsula to Britain, the Convention of Peking 1898 granted a 99-year lease over the New Territories to Britain.⁸ It should be noted that unlike previous treaties, the 1898 Convention of Peking was established for a fixed term of 99 years.⁹ Moreover, although the 1898 Convention used the term 'lease' regarding the rights of Britain over the New Territories, in effect it was as good as a 'ceded' territory.¹⁰

A review of the text of these treaties indicates how an apparent usurpation of the Chinese territories by Britain was presented as a legitimate and voluntary transfer. The official purpose of the Nanking Treaty was to put 'an end to the misunderstandings and consequent hostilities which have arisen between the two Countries'.¹¹ Article I of the Treaty reinforced this purpose:

'There shall henceforward be Peace and Friendship between Her Majesty the Queen of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and His Majesty the Emperor of China, and between their respective Subjects, who shall enjoy full security and protection for their persons and property within the Dominions of the other.'

Such a construction of the purpose masked the background facts – e.g., the British insistence on doing opium trade, which was illegal according to Chinese law¹² – that led to the Opium Wars and Britain's consequent desire to secure peace and friendship to carry out trade. The use of the terms '*obviously* necessary' and '*desirable*' in Article III, which ceded

4 See Peter Wesley-Smith, *Constitutional and Administrative Law in Hong Kong*, 2nd edn. (Hong Kong: Longman, 1994), 23 (hereinafter Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*); Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order*, 2nd edn. (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1999), 3.

5 Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*, note 4, 24.

6 Ghai, note 4, 4.

7 Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*, note 4, 24; Ghai, note 4, 4.

8 Ghai, note 4, 4-5.

9 Michael C Davis, *Constitutional Confrontation in Hong Kong* (Houndmills: Macmillan, 1989), 1. See also Ghai, note 4, 6.

10 Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*, note 4, 27.

11 Treaty of Nanjing (Nanking), 1842 (Ratifications exchanged at Hong Kong, 26th June 1843), <<http://www.international.ucla.edu/eas/documents/nanjing.htm>> accessed 9 August 2010.

12 Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*, note 4, 23.

the Hong Kong Island in perpetuity to Britain, is also worth noting.¹³ This provision presented a forced cession as a mutually beneficial and consensual trade agreement. As if this was not enough, the Nanking Treaty forced China to pay 21 million dollars of compensation to Britain as an *agreed* compensation for the destruction of the opium and the costs of the British expedition.¹⁴

Even after the Nanking Treaty, hostilities between the two countries persisted. Britain was in particular worried about the security of the Hong Kong Island, as it was prone to attacks from the nearby Kowloon.¹⁵ The 1860 Convention of Peking was, therefore, signed to further these military (and commercial) interests of Britain, though the stated purpose was again to end 'misunderstandings' between the two countries. Article VI of the Convention provided that with 'a view to the maintenance of law and order in and about the harbour of Hong Kong', the Kowloon peninsula was ceded to Britain in perpetuity. The rationale behind the 1898 Convention of Peking was similarly stated to be the recognition that 'an extension of Hong Kong territory is necessary for the proper defence and protection of the Colony'. One may, thus, observe that although these treaties solely promoted British interests and were unilaterally imposed on China, they were presented as bilateral and voluntary agreements aimed as serving common interests. That is why since the early 20th century China contended these treaties to be 'unequal' and therefore, void.¹⁶

Once under the British rule, Hong Kong – like other British colonies – enjoyed little or no autonomy.¹⁷ The British government also took no significant steps towards establishing a responsible government, contrary to what it did in its other colonies.¹⁸ Professor Ghai notes that in 'Hong Kong the basic form of the colonial constitution remained remarkably unchanged from 1840 until the 1980s.'¹⁹ The British government governed Hong Kong through the Letters Patent and the Royal Instructions, both issued in April 1843.²⁰ The Letters Patent established the institution of a Governor along with an Executive Council and a Legislative Council. Whereas the Governor was appointed by the Queen, the two councils comprised officials appointed by the Governor 'on instructions from or approved

13 'It being obviously necessary and desirable, that British Subjects should have some Port whereat they may careen and refit their Ships, when required, and keep Stores for that purpose, His Majesty the Emperor of China cedes to Her Majesty the Queen of Great Britain, etc., the Island of Hong Kong, to be possessed in perpetuity by Her Britannic Majesty,' Treaty of Nanking, note 11 (emphasis added).

14 Ibid, arts IV-VII.

15 Ghai, note 4, 4.

16 See Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*, note 4, 50; Ghai, note 4, 9-12.

17 Peter Wesley-Smith, 'The Present Constitution of Hong Kong' in Peter Wesley-Smith & Albert H Y Chen (eds.), *The Basic Law and Hong Kong's Future* (Hong Kong: Butterworths, 1988), 5, 9 and generally 9-13 (hereinafter Wesley-Smith, 'The Present Constitution').

18 Norman Miners, 'The Normal Pattern of Decolonisation of British Dependent Territories' in Wesley-Smith & Chen (eds.), 44, 50-52.

19 Ghai, note 4, 15.

20 Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*, note 4, 42; Ghai, note 4, 14-15.

by London.²¹ Both the Executive and Legislative Councils had limited powers, as the Governor was the real centre of power acting under the instructions of the Queen.²² The administration was based on the double principle of subordination: ‘the subordination of the colonial executive to the metropolitan executive, and the subordination of the colonial legislature to the colonial executive.’²³

As far as the Hong Kong judiciary under the British rule was concerned, it was largely independent²⁴ and had wide jurisdiction. Nevertheless, the courts were ‘denied the power of final adjudication in important cases’²⁵ – a power that was vested in the Privy Council. From the brief review presented above, we can conclude that the British government successfully employed law first to colonise Hong Kong and then to rule it for over 150 years. Apart from the unequal treaty argument made by China,²⁶ the legitimacy of the colonial nature of law was hardly questioned.

3. Decolonisation under the ‘one country, two systems’ principle

There have been different patterns of decolonisation of British colonies – from rebellions to the introduction of progressive self-governance to deliberate withdrawals.²⁷ As noted before, Britain hardly initiated any democratic reforms to establish a responsible government in Hong Kong. But once the Sino-British Joint Declaration (Joint Declaration) was signed in December 1984²⁸ and the unification of Hong Kong to China became imminent, the British government suddenly became active in introducing such reforms and conscious of the human rights of Hong Kong’s people,²⁹ especially after what happened in the Tiananmen Square in June 1989.³⁰ For instance, it enacted the Bill of Rights Ordinance in 1991, which implemented the ICCPR in Hong Kong. China, of course, did not like this approach and warned Britain against introducing radical reforms during the transitory period.³¹

21 Ghai, note 4, 15. Later on, some unofficial members and representatives of various interests groups were nominated to these bodies. Ibid, 16.

22 Wesley-Smith noted that ‘the ultimate responsibility within the colony for the performance of the government lies in the Governor and the Governor alone.’ Wesley-Smith, ‘The Present Constitution’, note 17, 10.

23 Ghai, note 4, 15, quoting Martin Wright, *British Colonial Constitutions* (Oxford: Clarendon Press, 1952), 17.

24 See Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*, note 4, 142-48.

25 Wesley-Smith, ‘The Present Constitution’, note 17, 10.

26 The treaties were considered to be ‘unequal’ because there was not free consent on the part of China, the treaties were not mutually beneficial in nature, and violated Chinese sovereignty. Ghai, note 4, 9-10.

27 See Miners, note 18, 44-54.

28 Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People’s Republic of China on the Question of Hong Kong (signed 19 December 1984, came into force 27 May 1985), <<http://www.cmab.gov.hk/en/issues/jd2.htm>> accessed 12 August 2010 (Joint Declaration).

29 See Michael C Davis, ‘Constitutionalism under Chinese Rule: Hong Kong after the Handover’ (1999) 27 *Denver Journal of International Law & Policy* 275, 280-84; Ghai, note 4, 75-78.

30 See <http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/june/4/newsid_2496000/2496277.stm> accessed 11 August 2010.

31 Emily Lau, ‘The Early History of the Drafting Process’ in Wesley-Smith & Chen (eds.), 90, 99-101.

If the British colonisation of Hong Kong was rooted in law, so was the process of its decolonisation. In 1972, China 'successfully asserted [...] that Hong Kong should not be on the agenda of the United Nations' Decolonisation Committee, since it was a Chinese territory occupied by the British authorities'.³² So, Hong Kong's decolonisation became a *bilateral matter* between the governments of Britain and China.³³ Ghai divides this decolonisation process into three phases: negotiations between China and Britain which ended with the signing of the Joint Declaration in 1984; drafting of the Basic Law and its adoption by the National People's Congress of China in 1990; and creating a necessary political and legal environment for the handover of sovereignty on 1 July 1997.³⁴

The 'one country, two systems' was the underlying principle to decolonise Hong Kong.³⁵ The principle, which was advanced in the context of Taiwan but first applied to unite Hong Kong to China,³⁶ meant that although China would gain sovereignty over Hong Kong, the latter would continue to practice common law and capitalism as a special administrative region of China. Although the Preamble to the Joint Declaration refers to the rhetoric of 'friendly relations' between the two governments, the real purpose of the Declaration was that 'a proper negotiated settlement of the question of Hong Kong [...] is conducive to the maintenance of the prosperity and stability of Hong Kong and to the further strengthening and development of the relations between the two countries *on a new basis*'.³⁷ The 'new basis' was a clear reference to the agreement being reached between the two equal sovereigns – unlike the three treaties which were imposed on the Chinese Emperors but disguised as mutually agreed upon by the two parties.

The first two articles of the Joint Declaration were a further expression of the changed landscape of sovereignty. They presented diverse rather than unified perspectives on sovereignty.³⁸ Whereas Article 1 declared that the 'common aspiration of the entire Chinese people' was to recover Hong Kong and 'resume the exercise of sovereignty over' it, Article 2 simply stated that the 'Government of the United Kingdom [...] will restore Hong Kong to the People's Republic of China with effect from 1 July 1997'.³⁹ This could be contrasted with the supposedly consensual and uniform language used in the Treaty of Nanking 1842, the 1860 Convention of Peking, and the 1898 Convention of Peking.

The Joint Declaration, in essence, tried to protect the special autonomous status of Hong Kong after the handover. It did so by enumerating 'basic policies' that China should

32 Wesley-Smith, *Constitutional Law in HK*, 52. See also Ghai, note 4, 38, 41.

33 Ghai, note 4, 41.

34 *Ibid.*, 35.

35 See, for a discussion of this principle, Guiguo Wang and Priscilla Leung, 'One Country, Two Systems: Theory into Practice' (1998) 7 *Pacific Rim Law & Policy Journal* 279.

36 Byron SJ Weng, 'The Hong Kong Model of 'One Country, Two Systems' in Wesley-Smith & Chen (eds.), 73, 73-74.

37 Joint Declaration, Preamble, note 28 (emphasis added).

38 See Ghai, note 4, 53.

39 Joint Declaration, note 28, arts 1-2.

adopt for the next 50 years in relation to Hong Kong after the unification with China on 1 July 1997.⁴⁰ China agreed to establish, in accordance with Article 31 of the Constitution of the People's Republic of China, the HKSAR that 'will enjoy a high degree of autonomy'.⁴¹ The HKSAR 'will be vested with executive, legislative and independent judicial power, including that of final adjudication'⁴² and its current socio-economic system as well as the life-style could remain unchanged for 50 years.⁴³ Furthermore, the HKSAR 'will have independent finances' and the Chinese government 'will not levy taxes' on it.⁴⁴ Last but not least, the HKSAR 'may on its own maintain and develop economic and cultural relations and conclude relevant agreements with states, regions and relevant international organisations' and 'may issue travel documents for entry into and exit from Hong Kong'.⁴⁵

It is paradoxical that although the Joint Declaration was an embodiment of Hong Kong's decolonisation, many basic policies that China promised to adopt were a curtailment of its sovereignty over Hong Kong. The Chinese government, for instance, could not – even if it wished – change the common law legal system or the capitalist free market economy practised in Hong Kong. Nor could it impose tax or abridge the human rights and freedoms enjoyed by people in Hong Kong.

Once the Joint Declaration came into force, the process of drafting the Basic Law of the HKSAR began in 1985, with the establishment of the Basic Law Drafting Committee by the Standing Committee of the National People's Congress (NPCSC).⁴⁶ The Basic Law – which came into force on 1 July 1997 – was declared to be the supreme law of the HKSAR.⁴⁷ The two main purposes of the Basic Law were to prescribe the new governance system for Hong Kong and to implement China's basic policies regarding Hong Kong enshrined in the Joint Declaration.⁴⁸ It was generally able to meet these twin objectives,⁴⁹ though some deviations from the Joint Declaration in relation to the extent of autonomy promised therein are pointed out by scholars.⁵⁰

40 Ibid, art 3.

41 Ibid, art 3(1)/(2).

42 Ibid, art 3(3).

43 Ibid, art 3(5).

44 Ibid, art 3(8).

45 Ibid, art 3(10).

46 See Ghai, note 4, 57-61.

47 'No law enacted by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region shall contravene this Law.' Basic Law, art 11.

48 The Preamble to the Basic Law provides: '[...] the National People's Congress hereby enacts the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China, *prescribing the systems to be practiced* in the Hong Kong Special Administrative Region, in order to *ensure the implementation of the basic policies* of the People's Republic of China regarding Hong Kong.' Basic Law, <<http://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/index.html>> accessed 12 August 2010 (emphasis added).

49 It is suggested that the Basic Law is based on three guiding principles: sovereignty, autonomy, and maintenance of the existing system. Priscilla Leung Mei-fun, *The Hong Kong Basic Law: Hybrid of Common Law and Chinese Law*, revised edn. (Hong Kong, LexisNexis, 2007), 43.

50 Ghai, note 4, 67-69.

Article 1 of the Basic Law declares that the HKSAR is ‘an inalienable part’ of the PRC, an embodiment of the completion of decolonisation. Article 2, on the other hand, provides that the NPC authorises the HKSAR to enjoy ‘a high degree of autonomy’. The ‘one country, two systems’ principle is reflected in Article 5, which reads: ‘The socialist system and policies shall not be practised in the Hong Kong Special Administrative Region, and the previous capitalist system and way of life shall remain unchanged for 50 years.’⁵¹ The Basic Law obligates Hong Kong government to safeguard the rights and freedoms of people,⁵² and vests it with legislative, executive and judicial powers.⁵³ These powers are not, however, absolute – consistent with Hong Kong being part of a sovereign China. Foreign affairs and defence, for example, are the responsibility of the PRC government.⁵⁴ Similarly, the final power of interpreting the Basic Law is with the NPCSC,⁵⁵ and only the NPC has the power to amend the Basic Law.⁵⁶

One may, therefore, note that the Basic Law tries to strike a balance between claims of China’s *sovereignty* and Hong Kong’s *autonomy*.⁵⁷ As we will see in the next part, it has not proved easy to maintain this balance. In 1988, one commentator aptly noted: “[...] many Hong Kong people were misled by words such as ‘autonomy’ and ‘elections’ in the Joint Declaration and thought that a democratic system of government independent from that of the PRC could be developed for the SAR [HKSAR]. They have now learnt that ‘one country, two systems’ does not go that far. What Beijing wants is a stable and prosperous Hong Kong under its rule, not a run-away Hong Kong that may become an anti-communist or anti-Beijing bastion.”⁵⁸

4. Hong Kong’s autonomy under stress?

Over the last 13 years, the extent of Hong Kong’s autonomy⁵⁹ has been tested by several instances, most of them concerning the pace of political reforms or democratisation and

51 Article 6 further states: ‘The Hong Kong Special Administrative Region shall protect the right of private ownership of property in accordance with law.’

52 ‘The Hong Kong Special Administrative Region shall safeguard the rights and freedoms of the residents of the Hong Kong Special Administrative Region and of other persons in the Region in accordance with Law.’ Basic Law, art 4. These rights are enumerated in Chapter III of the Basic Law (Articles 24 to 42).

53 Basic Law, arts 16-18.

54 Ibid, arts 13-14.

55 Ibid, art 158.

56 Ibid, art 159.

57 The issue often is the relative importance of sovereignty and autonomy. See, e.g., Heng Loong Cheung, ‘Hong Kong SAR: Autonomy within Integration?’ (1999) 4 *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs* 181.

58 Byron S J Weng, ‘The Hong Kong Model of ‘One Country, Two Systems’ in Wesley-Smith & Chen (eds.), 73, 81.

59 For an excellent analysis of the nature and scope of Hong Kong’s autonomy, see Ghai, note 4, 143-153.

the ambit of people's rights and freedoms.⁶⁰ The autonomy guaranteed by the Basic Law has particularly faced stress in the areas of democratic reforms and human rights because the contradictions between the actual position in Hong Kong and the PRC are more in these areas as opposed to, say, economy where the PRC is incrementally embracing the free market ideology. I will briefly refer to two illustrative examples of this stress: the NPCSC's power of interpreting the Basic Law, and the curtailment of peoples' activities in Hong Kong that are politically sensitive to China.

Article 158 of the Basic Law sets out the following rules regarding its interpretation:

'The power of interpretation of this Law shall be vested in the Standing Committee of the National People's Congress.

The Standing Committee of the National People's Congress shall authorise the courts of the Hong Kong Special Administrative Region to interpret on their own, in adjudicating cases, the provisions of this Law which are within the limits of the autonomy of the Region.

The courts of the Hong Kong Special Administrative Region may also interpret other provisions of this Law in adjudicating cases. However, if the courts of the Region, in adjudicating cases, need to interpret the provisions of this Law concerning affairs which are the responsibility of the Central People's Government, or concerning the relationship between the Central Authorities and the Region, and if such interpretation will affect the judgments on the cases, the courts of the Region shall, before making their final judgments which are not appealable, seek an interpretation of the relevant provisions from the Standing Committee of the National People's Congress through the Court of Final Appeal of the Region. [...]

The Standing Committee of the National People's Congress shall consult its Committee for the Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region before giving an interpretation of this Law.'

This provision, in short, provides that the NPCSC has plenary and final power to interpret the Basic Law. The Hong Kong courts could also interpret the Basic Law while adjudicating cases if the provisions are within the assigned areas of autonomy. The courts can also interpret other provisions of the Basic Law, but if the provisions relate to 'affairs which are the responsibility of the Central People's Government' or concern 'the relationship between the Central Authorities and the Region', they must seek an interpretation of the NPCSC before delivering a final judgment. Up to now, the Hong Kong courts have not referred any matter to the NPCSC for interpretation. Nevertheless, the NPCSC has issued three

60 A commentator recently noted: 'Of course, we can't say that that 'one country, two systems' has been junked. Hong Kong is still very different from other Chinese cities. But it does appear that Beijing has changed its thinking over the years on how this policy is supposed to work. The central government now has Hong Kong on a shorter and shorter leash.' Frank Ching, The Gap between 'Two Systems' Grows Narrower, *South China Morning Post* (23 August 2010) A11.

interpretations and given two decisions about the working of the Basic Law provisions⁶¹ – all on the requests made by the Chief Executive of Hong Kong in exercise of his general powers under Article 48 of the Basic Law. One may argue that as the Basic Law empowers ‘specifically’ only the courts to seek an interpretation from the NPCSC, the past requests made by the Chief Executive and consequent interpretations issued by the NPCSC might be unconstitutional.

The fact that the NPCSC’s power to interpret the Basic Law could and have undermined Hong Kong’s autonomy, especially the independence of judiciary, has been a matter of much scholarly discussion.⁶² The first controversy arose – just after the handover – out of the right of abode cases: *Ng Ka Ling v Director of Immigration*⁶³ and *Chan Kam Nga v Director of Immigration*.⁶⁴ In brief, the children of the HKSAR permanent residents born in mainland China claimed the right of abode in Hong Kong under Article 24 of the Basic Law and challenged the constitutional validity of certain provisions of the immigration legislation. The Hong Kong’s Court of Final Appeal (CFA) declared some of these provisions unconstitutional and interpreted Article 24 in a way to avoid the need for seeking any interpretation from the NPCSC.⁶⁵ The court went on to say that it could, if necessary, declare legislative acts of the NPC or its Standing Committee unconstitutional. The CFA’s approach was driven by the desire to protect judicial independence and autonomy of the HKSAR. However, this approach and the related judgments did not auger well either with the Hong Kong government or the Chinese government.⁶⁶ Consequently, the Chief Executive sought an interpretation from the NPCSC and the latter willingly obliged. The CFA also issued a clarification to state that in *Ng Ka Ling* it did not question the authority of NPCSC to interpret the Basic Law.⁶⁷ This clarification attracted criticism from scholars.⁶⁸

The Chief Executive again sought interpretations from the NPCSC in relation to the election process of the Legislative Council and the Chief Executive.⁶⁹ Since the Chief Executive, in effect, is a person appointed by the Chinese government, what we see is a cooperation (if not collusion) between the Chinese government and the Chief Executive to act in concert to serve the interests of the Central government at the cost of diluting the autonomy enjoyed

61 Available at <<http://www.basiclaw.gov.hk/en/materials/index.html>> accessed 13 August 2010.

62 See, e.g., Johannes Chan, H L Fu & Yash Ghai (eds.), *Hong Kong's Constitutional Debate: Conflict over Interpretation* (Hong Kong: HKU Press, 2000); Karmen Kam, ‘Right of Abode Cases: The Judicial Independence of the Hong Kong Special Administrative Region v. the Sovereignty Interests of China’ (2002) 27 *Brooklyn Journal of International Law* 611; Johannes Chan & Lison Harris (eds.), *Hong Kong Constitutional Debates* (Hong Kong: Hong Kong Law Journal Ltd, 2005).

63 (1999) 1 HKLRD 315.

64 (1999) 1 HKLRD 304.

65 See, for a discussion, Ghai, note 4, 157-66; Leung, note 49, 106-24; Kam, note 62, 618-24.

66 Leung, note 49, 114; Kam, note 62, 625-29.

67 *Ng Ka Ling v Director of Immigration (No 2)* [1999] 1 HKLRD 577.

68 Johannes M M Chan, ‘What the Court of Final Appeal has not Clarified in Its Clarification: Jurisdiction and Amicus Intervention’ in Chan, Fu & Ghai (eds), 171.

69 See note 61.

by the HKSAR.⁷⁰ It is, therefore, not inaccurate to say that the power of interpretation has been used as a ‘hand-on’ device by the Chinese government to *indirectly* control governing matters that lie within Hong Kong’s autonomy.⁷¹

Now let me review another set of actions taken by the HKSAR government in the last few years that point to the stress experienced by Hong Kong’s autonomy. These actions basically curtailed peoples’ activities that would be both acceptable and legal in Hong Kong but were politically sensitive to China. The following examples are illustrative of this disturbing trend:

- During the Beijing Olympic torch relay in Hong Kong, the police removed some protestors who were exercising their freedom of demonstration in support of Tibet⁷²
- Several foreign human rights activists who wanted to come to Hong Kong to protest against Chinese policies, were denied a permission to enter⁷³
- It is alleged that the Hong Kong government handed over a Chinese dissident to the PRC government, who was then sentenced by a Chinese court for nine years of imprisonment⁷⁴
- Six artists, holding foreign passports, were denied visa for Hong Kong because of their association with Falun Gong, an organisation banned in China but not in Hong Kong⁷⁵

In all the above cases, the Hong Kong government exercised its authority under a local law that gives the government discretion, say, to grant a visa or not. Of course such power is exercised by governments all over the world, but in these cases the common perception is that the HKSAR government might have acted under dictation of the PRC government. The PRC government is, of course, concerned about people using Hong Kong as a base to question Chinese policies and practices on human rights. This is the main reason why it wants Hong Kong to enact a law under Article 23 of the Basic Law,⁷⁶ something that Macau – another special administrative region of the PRC – has recently done.

70 In order to reconcile the idea of Chinese sovereignty over Hong Kong and at the same time preserve the independence of the Hong Kong courts, it was suggested that the NPCSC should ‘confine and constrain its power of interpretation’. Albert C Y Ho, ‘Autonomy’ in Wesley-Smith & Chen (eds.), 294, 308. But apparently this has not happened.

71 Yash Ghai, ‘The Imperatives of Autonomy: Contradictions of the Basic Law’ in Chan & Harris (eds.), 29, 41.

72 Fanny W Y Fung & Eva Wu, ‘Police Accused of Curbing the Right to Demonstrate’, *South China Morning Post* (3 May 2008) A3; Eva Wu, ‘Police Removed all Protestors’, *South China Morning Post* (8 May 2008) A3.

73 Ambrose Leung and Fanny W Y Fung, ‘Consulate Wants Clarification as second Briton Denied Entry’, *South China Morning Post* (1 May 2008) A2; Dennis Chong, ‘Three Rights Activists Denied Entry to HK’, *South China Morning Post* (7 August 2008) A7; Yau Chui-yan and Ambrose Leung, ‘Tiananmen Dissident Refused Entry to HK’, *South China Morning Post* (3 June 2009) A1.

74 Minnie Chan and Phyllis Tsang, ‘Dissident HK Handed to Mainland Jailed 9 Years’, *South China Morning Post* (21 January 2010) A1.

75 Austin Chiu, ‘Six Artists in Falun Gong Show denied work Visa’, *South China Morning Post* (23 January 2010) A2. The Immigration Department of course provided a different explanation for denial of visa.

76 Article 23 reads: ‘The Hong Kong Special Administrative Region *shall enact laws* on its own to prohibit any act of treason, secession, sedition, subversion against the Central People’s Government, or theft of state secrets, to prohibit foreign political organisations or bodies from conducting political activities in the Region, and to prohibit political organisations or bodies of the Region from establishing ties with foreign political organisations or bodies.’ (emphasis added).

From this brief review, one can easily note how law – both Basic Law and ordinary legislation – has been used to undermine the level of autonomy enjoyed by the HKSAR. This could not be equated with (re)colonisation of Hong Kong for obvious reasons, but it definitely indicates how law could be employed as a device by people in positions of power to serve their interests. One more point that deserves attention is that the Hong Kong government itself has been a willing party to those attempts that undermined or limited the autonomy enjoyed by the HKSAR under the Basic Law.

5. Conclusion

This paper has offered a critical narrative of how law could be used as a device to serve different, sometimes even contradictory, objectives. The experience of Hong Kong – in the process of colonisation, decolonisation and current stress on its autonomy – is a case in point. But the described tension between different, and sometimes conflicting, uses of law might hold true for other jurisdictions as well. If the institution of law is so fluid that it could be employed to achieve whatever purposes people in power might have, then one ought to challenge an almost universal acceptability, authority and legitimacy of law as an ideal governing device.

Rechtssoziologische Interpretationen des Rechtsdiskurses in Lateinamerika: eine postkoloniale Kritik¹

Guilherme Leite Gonçalves

1. Einleitung

Ziel dieses Aufsatzes ist es, ausgehend von den postkolonialen Studien ein analytisches Schema zum Verständnis der sozialen Rolle des Rechtsdiskurses in Lateinamerika zu entwickeln. Die Relevanz des sozialen Kontexts bei der Wissensproduktion ist ein gemeinsamer Fokus der postkolonialen Studien und der rechtssoziologischen Forschungen. Es soll deshalb, um das Recht und den Rechtsdiskurs in Lateinamerika zu interpretieren, versucht werden, den (Neo-)Kolonialismus als Analysekriterium in die soziologischen Modelle einzubinden. Zu diesem Zweck wird im ersten Abschnitt eine Übersicht zu den gängigen, von der lateinamerikanischen Rechtssoziologie angebotenen Forschungsparadigmen erstellt. Danach werden im zweiten Abschnitt die möglichen Beiträge postkolonialer Ansätze ermittelt.

2. Antidogmatische Rechtssoziologie

In der lateinamerikanischen Rechtssoziologie der letzten Jahrzehnte sticht insbesondere die dominante Stellung hervor, die vom antidogmatischen Denken eingenommen wird. Darin wird die Rechtsdogmatik als eine Ursache der sozioökonomischen Rückständigkeit und der sozialen Ungleichheit angesehen, d.h. als ein Hindernis für die Modernisierung der Region.² Trotz der Diversität der Perspektiven³ lässt sich eine Prämisse erkennen, die von den meisten der seit den 1960ern in Lateinamerika produzierten rechtssoziologischen Studien geteilt wird: Die Rechtsdogmatik wird als unangemessen betrachtet, um der ge-

1 Dieser Artikel entstand im Rahmen eines Forschungsprojektes der Humboldt-Stiftung und die darin behandelte Thematik soll in Zukunft weiter vertieft werden. Für inhaltliche Bemerkungen, hilfreiche Überarbeitungsvorschläge und die sprachliche Revision möchte ich vor allem Fernando Leal und Almut Schilling-Vacaflor danken.

2 RODRIGUEZ, J. R. (2009), *Dogmática jurídica* (Verbete), zugänglich unter <http://www.direitogv.com.br>

3 Das lateinamerikanische antidogmatische Denken ist weder konsensuell noch ideologisch einheitlich. Es schließt viele Schulen mit verschiedenen Orientierungen ein. Diese Schulen könnten in drei Hauptgruppen eingeteilt werden: die institutionalistische, die libertäre und die marxistische.

sellschaftlichen Dynamik gerecht zu werden, und müsse durch alternative Rechtsdiskurse ersetzt werden, die je nach der ideologischen Position spezifische Gesichtspunkte in den Vordergrund rücken (Gerechtigkeit, Partizipation, Effizienz etc.). Durch den Einbezug dieser Aspekte sollte längerfristig der erwünschte Entwicklungsstand erreicht werden. Es handelt sich bei den antidogmatischen Ansätzen um eine Kritik am liberalen Rechtsmodell und an der rein formalen Rationalität⁴, denen der Vorwurf gemacht wird, die Entstehung neuer Entwicklungen zu verhindern. Die Rechtsdogmatik sei indifferent hinsichtlich politischer Projekte und ökonomischer Probleme, indem sie sich auf die deduktive Methode, auf logisch-abstrakte Konstruktionen und eine formalistisch-unreflektierte Übernahme des Gesetzeswortlauts stütze. Diese autistische Erkenntnisform sei unempfindlich gegenüber gesellschaftlichen Prozessen und widerständig gegen Veränderungen, sodass sie sozial angemessene gerichtliche Entscheidungen und institutionelle Designs blockiere. In diesem Sinne argumentieren antidogmatische RechtssoziologInnen, dass die Rechtsdogmatik eine konservative Rolle einnehmen würde, denn durch die (illusorische) scharfe Trennung von Recht und Gesellschaft würde sie dem Erhalt von traditionellen Machtstrukturen dienen.⁵

Diese Strömung der lateinamerikanischen Rechtssoziologie hat jedoch auch eine propädeutische Seite: Sie beansprucht, über das nötige Wissen zur Orientierung juristischer Entscheidungen zu verfügen, und präsentiert sich als eine befreiende Hermeneutik, die auf die materielle Rationalität abhebt und über Kenntnisse der empirischen Problematiken verfügt.⁶ In diesem Sinne hat der lateinamerikanische Antidogmatismus eine Rechtssoziologie mit deutlich politischer Orientierung hervorgebracht. Darin spiegelt sich der Einfluss der rechtskritischen Studien der zentralen Länder wider.⁷ Ihre Rezeption in Lateinamerika erzeugte eine starke ideologische Ausrichtung, denn die traditionellen Machtstrukturen des kapitalistischen Zentrums wurden für die sozialen Probleme vor Ort und die nachteilige sozioökonomische Lage Lateinamerikas verantwortlich gemacht.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass das negative Ansehen der Rechtsdogmatik in den lateinamerikanischen Studien das Resultat einer Soziologie des Vergleichs und der

4 Die formale Rechtsrationalität definiert das Recht aufgrund seiner logischen Struktur und Reproduktionsweise: als „Recht“ werden alle Normen betrachtet, die aus einer Prozedur der Rechtsproduktion hervorgehen. Der Inhalt der Rechtsnormen ist völlig irrelevant. Demgegenüber ist die materielle Rechtsrationalität diejenige, die die Rechtsnormen spezifischen Inhalten und Zwecken unterwerfen möchte.

5 CORREAS, O. (Org.). (1991), *Sociologia Jurídica em América Latina*. Oñati: The Oñati International Institute for the Sociology of Law; FARIA, J. E. (1988), *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UNB.

6 CAMPILONGO, C. und FARIA, J. E. (1991), *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Fabris.

7 Nach Wallerstein (1987) geht die Unterscheidung zwischen Zentrum und Peripherie von der Feststellung aus, dass die Entstehung der globalen Gesellschaft eng mit einer ökonomischen Ungleichheit in der interregionalen Entwicklung verbunden ist: Einerseits vermögen einige Gebiete (Zentrum) dank ihres Bruttoinlandsproduktes und der Handlungskraft ihrer Eliten und Regierungen in dem globalen Markt *aktiv* einzutreten; andererseits können andere, durch ihre ökonomische Schwäche charakterisierten Gebiete (Peripherie), wegen ihres schwachen Konsumgütermarktes, der Armut der Mehrheit ihrer BürgerInnen und der hohen Einkommenskonzentration nur *passiv* mitmachen.

Modernisierung ist:⁸ Man setzt die gesellschaftlichen Standards der zentralen Länder als Synonyme für Fortschritt und angesichts der Diskrepanz auf Seiten der peripheren Länder ermittelt man Rückständigkeitsfaktoren, die es auszumerzen gilt. Die Rechtsdogmatik wird als eine Form der Status-quo-Erhaltung dargestellt, die dem Handeln der modernisierenden Akteure entgegenwirkt.⁹

Einer solchen Diagnose hält die Systemtheorie alternative Beschreibungen vom Status der Rechtsdogmatik in Lateinamerika entgegen, welche ihre soziale Funktion hervorheben. Diese Tradition geht auf die Arbeiten von Ferraz Jr. aus den 1970ern in Brasilien zurück. Gestützt auf die ersten Werke Luhmanns vertritt der Autor die Ansicht, dass es die Rolle der Rechtsdogmatik sei, die Ungewissheiten des Rechts durch „tragbare Unsicherheiten“ zu ersetzen.¹⁰ Luhmann zufolge brachte das Aufkommen der modernen Gesellschaft eine hohe Komplexität und Unbestimmtheit der Zukunft mit sich.¹¹ Für den Rechtsdiskurs bedeute dies eine Kontingenz der Normen, Veränderlichkeit der Fakten und Unsicherheit hinsichtlich der Rechtsanwendung. Die Aufgabe der Dogmatik sei es, solche Sinngehalte zu bestimmen und feste Kriterien zu etablieren, um definieren zu können, welche Erwartungen juristisch begründet sind und welche nicht. Die Bedingung für diesen Prozess sei die „Nichtnegierbarkeit der Ausgangspunkte von Argumentationsketten“.¹² Dies bedeutet jedoch nicht Rechtsformalismus. Wenngleich nicht negierbar, seien die Ausgangspunkte (z. B. der Gesetzestext) zur unmittelbaren (ohne zwischengeschalteten Interpretationsprozess) Anwendung nicht hinreichend bestimmt: Sie werden von den Interpreten auf den jeweiligen aktuellen Kontext hin gedeutet.¹³

Die Rezeption der Systemtheorie in Lateinamerika hat sich im letzten Jahrzehnt verstärkt und auf den Bereich der Analyse zur Unterscheidung von Inklusion/Exklusion konzentriert.¹⁴ Luhmann zufolge setzt die moderne Gesellschaft die „Inklusion der Gesamtbevölkerung in die verschiedenen Funktionssysteme“ voraus.¹⁵ Zu diesem Zweck wurden

8 Trotz der übereinstimmenden Diagnose über die konservative Rolle der Dogmatik sind die Projekte der juristischen Modernisierung in Lateinamerika weder einsinnig noch ideologisch gleichförmig. Die Orientierungen sind sehr verschieden. Zu dieser Diskussion siehe Campilongo und Faria (1991); CAPELLER, W (Org.). (1992), “Dossier: Transformations de l’Etat et changements juridiques: l’exemple de l’Amérique Latine”. In *Droit e Societé*, n. 22 sowie ESQUIROL, J. (1997), “The Fictions of Latin América Law” (Part I). In: *Utah Law Review*, n. 425. Die rechtssoziologischen Strömungen sind ebenso vielfältig. Sie reichen von der Rezeption nordamerikanischer Theorien, insbesondere des *Law and Development*, bis zu marxistischen, an europäischen Schulen inspirierten Strömungen wie der des *Uso alternativo del Diritto* und der *Critique du Droit*.

9 Es ist zu bemerken, dass die antidogmatische Rechtssoziologie die Rechtsdogmatik ausgehend von einer vermeintlichen moralischen Autorität des Zentrums kritisiert, also aufgrund der Defizite der sozio-ökonomischen Entwicklung in Lateinamerika.

10 FERRAZ JR, T. S. (1998), *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad; S. 97-98.

11 LUHMANN, N. (1987), *Rechtssoziologie*. Opladen, Westdeutscher Verlag; S. 59.

12 Ferraz (1998: 96) und LUHMANN, N. (1974), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart, W. Kohlhammer; S. 15.

13 *Ibid.*

14 VALLEROS, A. (2005), “Es posible una teoría de la sociedad para la observación de América Latina? Entrevista con Javier Torres Nafarrate sobre la propuesta teórica de Niklas Luhmann”. In: *Andamios*, año 1, n. 2, S. 243-249.

15 LUHMANN, N. (1981), *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*. München: Olzog; S. 26.

juristisch-politische Konzepte wie Souveränität und Staatsbürgerschaft geschaffen:¹⁶ Die Bindung des Einzelnen an den Nationalstaat impliziert Rechtsinhaberschaft und politische Identität. Der Begriff der Inklusion zieht den der Gleichheit nach sich, was Probleme für das soziale System erzeugt: Wenn alle vor dem Gesetz gleich sind, wie sind dann de facto bestehende Unterschiede zu rechtfertigen? Im Nationalstaat mit einer vermeintlichen Gleichheit werden die Ungleichheiten in die Weltgesellschaft verschoben. Die Unterscheidung Nationalstaat (Gleichheit) / Weltgesellschaft (Ungleichheit) wird so als konstitutiv für die moderne Gesellschaft betrachtet. Die lateinamerikanische systemtheoretische Soziologie vertritt die Ansicht, dass die Ungleichheit in der Struktur der Weltgesellschaft durch die Unterschiede zwischen den zentralen und peripheren Ländern geschaffen wird:¹⁷ auf der einen Seite stehen „entwickelte“ Regionen, die von strukturierter Komplexität, funktionaler Differenzierung und Inklusion gekennzeichnet sind; auf der anderen „unterentwickelte“ Gebiete, die von unstrukturierter Komplexität, Systemkorruption und Exklusion geprägt sind.¹⁸ Diese Gabelung der Weltentwicklung bringt jedoch operative Probleme für die Staaten in den Peripherien mit sich, die den Vorrang der generalisierten Inklusion nicht aufrechtzuerhalten vermögen. Die Beispiele hierfür sind zahlreich (Unwirksamkeit der Rechte, Armut, Instabilität etc.) und offenbaren die Unfähigkeit von Recht und Politik zur Formulierung inklusiver Maßnahmen. Als ein Abbild der weltweiten Ungleichheit, gelingt es den lateinamerikanischen Nationalstaaten nicht, das Versprechen interner Gleichheit einzulösen.¹⁹

Diese Problematik wurde von Neves theoretisch erörtert, der das Vorherrschen der Exklusion in den Peripherien als Resultat einer negativen Moderne bezeichnet.²⁰ In diesen Regionen habe der im Bereich des Handelns universell geltende Verlust moralischen Gehalts (die Überwindung der Vormoderne) nicht zur Entstehung selbstreferenzieller gesellschaftlicher Systeme geführt, die fähig sind, die sozial unverbundenen Möglichkeiten miteinander zu artikulieren. Diese „destrukturierte Komplexität“ manifestiere sich in den Privilegien der Eliten und in der mangelnden Unterscheidung zwischen öffentlich und privat, was den Staat zur Bühne von Gruppenauseinandersetzungen werden lasse und eine mangelnde Fähigkeit zur Generalisierung des Gesetzes erzeuge.²¹ In dieser Hinsicht sei das Rechtssystem

16 Anmerkung der Redaktion: Zum Staatsbürgerschaftskonzept als Instrument der Inklusion/Exklusion siehe den Beitrag von *Navas Alvear* in diesem Heft.

17 NAFARRATE, R. T. und RODRIGUEZ, D. (2008), *Introducción a la teoría de la sociedad* de Niklas Luhmann. México: Helder; S. 85ff.

18 NEVES, M. (2004), “E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito inválido”. In ARNAUD, A. J. e LOPES JR, D. (Org.), *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris; S. 147.

19 RODRIGUEZ, D. (2007), *Los límites del Estado en la sociedad mundial: de la política al derecho*. Santiago: Instituto de sociología; S. 21.

20 NEVES, M. (2000), *Zwischen Themis und Leviathan: eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*. Baden-Baden, Nomos.

21 *Ibid*: 179 und 190.

allopoietisch,²² denn aufgrund seiner fehlenden operativen Geschlossenheit kann sich das Rechtssystem nicht gegenüber diffusen Interessen und gegenüber den Codes der Politik und der Wirtschaft behaupten. Dies habe eine Entdifferenzierung und Systemkorruption des Rechts zu Folge.²³ Für den Autor ist die prekäre Entwicklung der Rechtsdogmatik in der Peripherie ein Ausdruck dieser Situation.²⁴ Neves zufolge entwickelt das Recht dort keine argumentative Redundanz: Die Rechtsbegriffe stabilisierten sich nicht, da die partikularistischen externen Einflüsse mit dem Ziel, die Operationen des Systems zu beherrschen, Ad-hoc-Argumente erfordern, die je nach den konkreten Interessen wechseln können und so eine Kultur der Illegalität erzeugen.²⁵ Aus dieser Logik heraus wird argumentiert, dass die Stärkung der juristischen Dogmatik in Lateinamerika für die Ausdifferenzierung des Rechts und folglich für die Modernisierung Lateinamerikas notwendig wäre.

Trotz gegensätzlicher Diagnosen über die Rolle der Rechtsdogmatik in Lateinamerika verwenden die dominante antidogmatische Rechtssoziologie und die Systemtheorie dasselbe analytische und normative Schema: (i) Der soziojuristische Standard der zentralen Länder wird als im positiven Sinne modern angesehen; (ii) die konzeptionell unstimmige lateinamerikanische Realität wird durch Vergleich konstruiert; (iii) das Fehlen der gleichen Merkmale wird als Rückständigkeit oder Abweichung gedeutet; (iv) Reforminstrumente, beruhend auf dem europäischen oder nordamerikanischen konzeptionellen Erbe, werden vorgeschlagen, um zur Entwicklung dieser Regionen zu führen. Die Fragilität dieses Schemas beruht in der Naturalisierung der Überlegenheit der Strukturen des Zentrums, was eine Logik der kolonialen Beziehungen reproduziert. Weder bemerkt die dominante Rechtssoziologie den weit verbreiteten Ethnozentrismus der europäischen oder nordamerikanischen Kritischen Rechtsstudien, noch erkennt die Systemtheorie einen eurozentrischen und invasiven Charakter darin, der lateinamerikanischen Kultur die Rechtsdogmatik aufzuktroyieren zu wollen.

3. Postkoloniale Erkenntnis

Kritische Ansätze gegenüber der kolonialen Herrschaft – die sich im Anspruch auf Universalisierung der gesellschaftlichen und semantischen Muster der zentralen Länder ausdrückt – werden von den postkolonialen Studien entwickelt. Der Ursprung postkolonialer Studien geht insbesondere auf das Werk von Edward Said über den Orientalismus zurück. Der Autor stellte fest, dass das Wissen des Westens über den Orient einer selbstreferenziellen Logik gehorcht.²⁶ Beeinflusst durch den Diskursbegriff Foucaults präsentierte Said den

22 Allopoiesis ist ein Begriff der Systemtheorie, herausgearbeitet von Neves, der ihn als Antonym von Autopoiesis bezeichnet.

23 Ibid.: 180 ff.

24 Neves (2004: 165).

25 Ibid.: 163 und 164.

26 SAID, Edward W. (2003) [1978], *Orientalism*. London: Penguin Books; S. 2-4.

Orientalismus als eine europäische Erfindung, die der Bestätigung der eigenen Vorstellung vom Okzident diene.²⁷ Der Orient wurde künstlich als „anders“ und „minder entwickelt“ konstruiert. Im Gegensatz dazu wurde der Westen als überlegen dargestellt. Der Orientalismus ist nach dieser Logik ein „*Western style for dominating, restructuring, and having authority over the Orient*“.²⁸ Mit dem Aufkommen anderer postkolonialer Ansätze wurden die diskursiven Strategien des Okzidents redimensioniert: Der als minderwertig oder rückständig projizierte „Anderer“ umfasste nun den Rest der Welt.²⁹

Nach der selbstreferenziellen Logik des Orientalismus, wurde die asymmetrische Unterscheidung Okzident/Rest der Welt (*West/Rest*) im Denken der europäischen Länder konstruiert, damit ihre eigene Identität und die angenommene Überlegenheit konstruiert werden konnten. Da jedoch dieser Diskurs als universeller, naturgegebener Sachverhalt diktiert wurde, ist es zu einer Monopolisierung der Begriffe *Entwicklung* und *Moderne* durch die westliche Semantik gekommen. Dadurch war es möglich, politisch-militärische Interventionen und den Export von eigenen Modellen in die übrigen Regionen zu legitimieren: Sie konnten als Mittel zur Modernisierung der Peripherien gerechtfertigt werden. So ist die Grundlage der okzidentalen Welterkenntnis eine diskursive Strategie der Beherrschung, die der lateinamerikanische Postkolonialismus als *Kolonialität des Wissens* bezeichnet hat.³⁰

Dem von Boatca und Costa³¹ formulierten Forschungsprogramm zufolge, eröffnet der postkoloniale soziologische Ansatz die Möglichkeit, den Kolonialismus als Kriterium zur Analyse der Gesellschaftsmodelle, der politischen Akteure und der zeitgenössischen kulturellen Beziehungen zu verwenden. So können gesellschaftliche Prozesse anhand der Auswirkung der kolonialen Erfahrung interpretiert werden, d. h. unter Einbezug der Nord-Süd-Asymmetrien. Diese haben die administrative Unabhängigkeit überdauert und bestehen in der Form der Wissensreproduktion sowie in den wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Beziehungen fort.³² Indem die postkoloniale soziologische Beobachtung aufzeigt, dass das europäische Wissenserbe nicht der objektiven Realität entspricht, sondern einem Diskurs der Identitätsbildung durch postulierte Gegensätze zum Anderen (dem Rest der Welt) folgt, erkennt sie im Inneren der vermeintlich universalistischen Projekte der westlichen Moderne Strategien der Ausgrenzung, Kolonisierung und Hierarchisierung. Somit konstituieren sich die herrschenden gesellschaftlichen Kräfte nicht nur durch die Anwendung von Gewalt, sondern auch auf ideologischer Ebene. Wenngleich die Ge-

27 Ibid: 3.

28 Ibid: 3.

29 HALL, S. (2007), „The West and the Rest: Discourse and Power“. In: DAS GUPTA, T. et al. (eds), *Race and Racialization: Essential Readings*. Toronto: Canadian Scholars Press, S. 56-64.

30 DUSSEL, E. (2000), „Europa, modernidad y eurocentrismo“. In: Lander, Edgardo (Org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, Caracas: Unesco/UCV, S. 59-78.

31 BOATCA, M. und COSTA S. (2009), „Postkoloniale Soziologie: ein Programm“. In Reuter, J. e Villa, P. (Orgs.). *Postkoloniale Soziologie. Empirische Befunde, theoretische Anschlüsse, politische Intervention*. Bielefeld: Transcript.

32 Ibid: 53.

waltausübung keineswegs unbeachtet gelassen wird, stabilisiert sich Herrschaft nur, wie Chimni bemerkt, wenn der Beherrschte die Weltsicht des Herrschenden als die „natürliche Ordnung der Dinge“ begreift und akzeptiert.³³ Mittels dieser Auffassung ist es im Rahmen der postkolonialen Rechtssoziologie möglich, die gesellschaftliche Funktion der juristischen Diskurse im Licht der asymmetrischen Machtverhältnisse zwischen den globalen Regionen neu zu interpretieren.

Als Synonym für Modernität ist die westliche Rechtskultur zu einem Instrument für die Naturalisierung der herrschenden Ideen der zentralen Länder in der Peripherie geworden. Der Rechtssprache kommt eine ideologische und legitimierende Rolle zu: Sie übersetzt die Auffassung des Nordens in rationale und scheinbar gerechte Begriffe und Regeln, die vom Süden als Leitideen akzeptiert werden können.³⁴ Aufgrund seiner vermeintlichen Qualität und Neutralität hebt der westliche Rechtsdiskurs die Rechtstheorien und -institutionen der zentralen Länder auf eine überlegene Position der Zivilisationsskala, was ihnen erlaubt, das Verhalten der juristischen Akteure der Peripherien zu bestimmen. Es handelt sich um einen Prozess der Verdeckung von kolonialen Verhältnissen zwischen Norden und Süden durch das Recht.

Im Lichte dieser Betrachtung kann auch die Rechtsdogmatik neu beurteilt werden. Europa propagierte im 19. Jahrhundert die dahinterliegende Rationalität als überlegen und verwies dabei auf unterstützende wissenschaftliche Methoden und Theorien. Nach den logischen Schemata von Deduktion und Induktion wurde die Verallgemeinerung von Einzelfällen in Form von Regeln, um Sicherheit für das Handeln zu bieten, als einziges erstrebenswertes Modell angepriesen. Indem die dogmatische Rationalisierung sich als alleinige Bedingung für das moderne Recht behauptete, trennte sie die Welt auch aus juristischer Sicht in zivilisierte Regionen (die ein solches Wissen besaßen) und unzivilisierte Regionen (mit „irrationalen und primitiven“ Rechtsformen).³⁵ Diese Unterscheidung lieferte die Rechtfertigung für die globale Durchsetzung des rechtsdogmatischen Modells und für die Kolonisierung der abweichenden Ausdrucksformen von Recht im Rest der Welt.

Auch das antidogmatische Denken entging dieser Logik nicht. In seinen Ideen von *Governance*, *Menschenrechten*, *Demokratie* etc. drückte sich eine vermeintliche diskursive Neutralität aus. Durch die Operationalisierung dieser Konzepte wurde ein Vergleichsfeld geschaffen, in welchem die sozijuistische Entwicklung des Zentrums als einzig erstrebenswerte postuliert und zum Kriterium der Beurteilung juristischer Praktiken der Peripherie erklärt wurde. Nach westlichem Vorbild wurden institutionelle Designs und Prinzipientheorien der Grundrechte in den Ländern der Peripherie, die am Standard von

33 CHIMNI, B. S. (2006), "Third World Approaches to International Law: A Manifesto". In: *International Community Law Review*, vol. 8, S. 3-27.

34 Chimni (2006: 15).

35 ANGHIE, A. (1999), "Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law". In: *Harvard International Law Journal*, vol. 40, n. 1, S. 1-71; S. 20.

Staatsbürgerlichkeit und Governance der „wahren“ Demokratien ausgerichtet waren, implementiert. So wurde die Logik der „zivilisatorischen Missionen“ reproduziert und Rekolonisierungen gerechtfertigt.³⁶

Während die (formale oder materielle) Rationalität des westlichen Rechts im Anspruch auf Universalität gründet, fußen die semantischen Schemata der übrigen Gesellschaften auf der Differenz: Ihre Werte leiten sich von der Tradition oder von Partikularitäten der Vergangenheit ab.³⁷ Ohne autochthone Entsprechungen hat die Auferlegung des europäischen Rechtsmodells in den kolonisierten Räumen zu einer Spaltung geführt zwischen dem westlichen juristischen Diskurs und der gesellschaftlichen Dynamik, die Institutionen erfordert, welche ihren spezifischen Eigenheiten entsprechen. Unter diesem Gesichtspunkt erhält die übliche Diagnose von der Trennung zwischen Recht und Gesellschaft in den Peripherien einen anderen Sinn. Einerseits erklärt sich, dass der Reform-Diskurs unter den juristischen Akteuren zur Routine geworden ist: Die Realität scheint stets die Erwartungen zu enttäuschen, die an institutionelle Designs geknüpft werden, welche auf dem nordamerikanischen oder europäischen Modell basieren.³⁸ Andererseits offenbaren sich so die empirischen und theoretischen Hindernisse, auf die in vielen Ländern Demokratie-Projekte stoßen, welche auf der Universalisierung der Rechte und der Rolle der Zivilgesellschaft gründen. Um solche Hindernisse aufzuzeigen, stellt der Postkolonialismus das emanzipatorische Potenzial der Zivilgesellschaft in Frage und damit ihre Fähigkeit zur Opposition gegenüber dem Staat. Nach Chatterjee³⁹ sind Staat und Zivilgesellschaft ineinander verschränkte rhetorische Konzepte: Als Form zur Homogenisierung der Bevölkerung, wandle die Zivilgesellschaft Alltagsforderungen zu institutionalisiertem und selbstgelenktem Handeln an die Adresse des Staates, der sie mittels universeller Kategorien wie Staatsbürgerlichkeit und Gleichheit in sich aufnehme. Es existiert keine Konfrontation, sondern das Ideal der Vermittlung. Aus diesem Grund werden die Kräfte des Marktes als Bewegungen der Zivilgesellschaft angesehen. In diesem Fall wird die Selbstimplikation⁴⁰ zum eigentlichen Getriebe des Kapitalismus. Der Konflikt präsentiert sich in einem anderen Bereich: Indem die sozialen Akteure durch begriffliche Verallgemeinerungen als gleichförmige Masse behandelt werden, unterdrückt die Dichotomie Staat/Zivilgesellschaft Unterschiede und Identitäten, d.h. sie zerstört den Raum der lokalen Gemeinschaften.⁴¹ Aus der Perspektive der Kolonialgeschichte ist offensichtlich, dass diese Gewalt für die Expansion des Kapitals unerlässlich ist: Der Individualismus verträgt keine Bindungen zur Tradition. So erzeugen die sozialen Brüche, die durch die Oktroyierung des Paradigmas

36 Chimni (2006: 3).

37 CHATTERJEE, P. (1998), „Community in the East“. In: *Economic and Political Weekly*, vol. 33, n. 6, S. 277-282; und (2006), *The Politics of the Governed: Reflections on Popular Politics in Most of the World*. New York: Columbia University Press.

38 Boatca / Costa (2009: 55).

39 CHATTERJEE, P. (1990), „A Response to Taylor's Modes of Civil Society“. In: *Public Culture*, vol. 3, S. 119-132.

40 Die beiderseitige zwischen bürgerlicher Gesellschaft und dem Staat.

41 *Ibid.*

Staat/Zivilgesellschaft in den (neo-)kolonialen Gesellschaften entstehen, Gruppen von Ausgegrenzten, die als Angehörige der lokalen Gemeinschaften am Rande des kapitalistischen Systems verbleiben.

Die lokalen Gemeinschaften werden zur Handlungssphäre der Randgruppen, deren Interessen mit dem Kapitalismus in Konflikt stehen und die vom offiziellen Recht nicht berücksichtigt werden. Bei diesen Aktionshorizonten lassen sich zwei Formen des Widerstands unterscheiden: (i) gegen das Kapital und (ii) gegen den Staat.

Bei der ersten Form des Widerstands bildet die Randgruppengemeinschaft eine Alternative zur kapitalistischen Herrschaft, die in den kolonisierten Regionen von der Durchsetzung vereinheitlichender Abstraktionen wie *Staatsbürgerlichkeit* und *Zivilgesellschaft* abhängt (als Mittel der Verdeckung realer Unterschiede). Diese Abstraktionen gehen von einer scheinbaren Universalisierung der Interessen aus, werden jedoch in Wahrheit von den Werten der wenigen assimilierten Minderheiten getragen: den Nachfahren der Kolonialherren.

Was die Opposition gegen den Staat betrifft, wird die Randgruppengemeinschaft dabei zum Milieu der Rückgewinnung politischer Identität und zur Wiederannäherung zwischen juristischem Diskurs und gesellschaftlicher Dynamik in den peripheren Ländern. Diese Rückeroberung impliziert die Substitution der Universalität durch die Heterogenität des Rechts jeder lokalen Gemeinschaft. Das heißt, die Rechtsnormen sind in diesem Fall Ergebnis der konkreten Interessen von speziellen Gruppen und vertreten die Besonderheiten, Traditionen und Unterschiede der sozialen Segmente. Innerhalb der postkolonialen Studien wird dieses Modell der Fragmentierung der Rechtssphären vor allem von den Indischen Subalternen Studien propagiert. Ausgehend von der Diagnose der falschen Dichotomie von Staat/Zivilgesellschaft vertreten diese Studien die Ansicht, dass die authentische Konfrontation zwischen lokalen Gemeinschaften und dem Staat Verhandlungsräume schafft, in denen die Rechte durch partikuläre Forderungen und nicht durch die formale Rhetorik der Universalismen erobert werden.⁴²

In Lateinamerika war die Idee der Fragmentierung der Rechte grundlegend für eine soziologische und antidogmatische Neubetrachtung von juristischen Phänomenen, wie man an den Arbeiten von Santos sehen kann. Für ihn sind die westliche Rechtsautonomie und juristische Semantik der lateinamerikanischen Realität nicht angemessen.⁴³ Da diese Gesellschaften kulturell und diskursiv fragmentiert sind, erfordern die Ansprüche auf ein Monopol der Rechtserzeugung durch den Staat die Anpassung der soziojuristischen Realitäten. Indem sie auf den vom Zentrum definierten Standards einer modernen Gesellschaft basieren, institutionalisieren sie Asymmetrien der Macht, die auf der Unterscheidung entwickelt/rückständig gründen. Damit das Recht seine Potenziale freisetzen kann,

42 Chatterjee (2006: Cap. IV).

43 SANTOS, B. S. (1995), *Toward a new common sense: Law, science, and politics in the paradigmatic transition*. London: Routledge, S. 89 ff.

sind daher Rechtsordnungen notwendig, welche die soziale (ethnische, kulturelle, religiöse etc.) Diversität widerspiegeln. Dies impliziert die Anerkennung einer Vielzahl von sozialen Quellen des Rechts, die alternativ zum formellen staatlichen Recht faktische Geltung haben. In diesem Sinn schlägt Santos vor, die vielfältigen Rechtsformen freizusetzen, die aus den verschiedenen Arten von Solidarität und der gemeinsamen Geschichte erwachsen sind.⁴⁴ Vom Gesichtspunkt des juristischen Diskurses aus bedeutet dies die Ersetzung des Ausschließlichkeitsanspruchs des staatlichen Rechtsdogmatismus durch die Pluralität der topischen Rechtsdiskurse. Aufgrund des geringen Institutionalisierungsgrades und des eingeschränkten Zugangs zu Zwangsmitteln besitzen die Rechte der lokalen Gemeinschaften dem Autor zufolge breitere rhetorische Räume als das staatliche Recht.⁴⁵ Die Entscheidungen sind hier weder Ergebnis der eindeutigen Anwendung von allgemeinen Regeln, noch orientieren sie sich am Adjudikationsverfahren. Sie streben vielmehr nach der Akzeptanz der Angehörigen der Gemeinschaft. Aus diesem Grund hängen sie ab von Überzeugungsvermögen, Kooperation, Partizipation und Konsens. Für Santos sind diese rechtlichen Prozeduren Instrumente einer alternativen Justiz und Faktoren des Bruchs mit der oktroyierten Rechtsordnung.⁴⁶ Beispiele dafür sind das Recht in den Favelas in Brasilien und das Recht in indigenen Gemeinschaften Lateinamerikas.

4. Conclusio

Die postkolonialen Erkenntnisse haben es möglich gemacht, dass sich die kritische lateinamerikanische Soziologie für die Theorie des Rechtspluralismus öffnete. Wenngleich diese Theorie europäischen oder nordamerikanischen Ursprungs ist, so bestehen keine Zweifel, dass ihre postkoloniale Neulektüre das analytische Universum antidogmatischer rechtssoziologischer Studien in Lateinamerika erweitert hat. Sie bietet nicht lediglich ein anderes Erklärungsmodell, sondern schafft auch eine neue politische Agenda: Die koloniale Dimension wird als analytisches Kriterium einbezogen, um die konservative Rolle der juristischen Dogmatik zu überwinden. Das Prinzip der lokalen Gemeinschaft wurde aufgegriffen, um dekolonisierende Rechtsdiskurse zu entwerfen.

Guilherme Leite Gonçalves ist Professor für Rechtssoziologie an der Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, Brasilien; Promotion an der Universität Lecce (Italien).

44 SANTOS, B. S. (2006), "La sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias: para una ecología de saberes". In: SANTOS, B. S. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires: Clacso.

45 SANTOS, B. S. (1977), "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada". In *Law & Society Review*, n. 12, S. 5-126.

46 Ibid: 103.

Identitäten, Interkulturalität, Rechtspluralismus und kollektive Rechte

Tagungsbericht des VII. Internationalen Kongresses des Lateinamerikanischen Netzwerks für Rechtsanthropologie (RELAJU)

Judith Schacherreiter

Die ersten und intensivsten Untersuchungen der Rolle des Rechts in kolonialen und postkolonialen Gesellschaften begannen in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts unter dem Schlagwort des Rechtspluralismus (Legal Pluralism). Rechtspluralismus war auch eines der wichtigsten Themen des VII. Internationalen Kongresses des Lateinamerikanischen Netzwerks für Rechtsanthropologie (Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Relaju, vgl. www.relaju.org). Dieses Netzwerk wurde im Jahr 1997 in Quito (Ecuador) von 15 Personen gegründet. Mittlerweile gehören seine alle zwei Jahre stattfindenden Konferenzen zu den größten und wichtigsten lateinamerikanischen Veranstaltungen betreffend indigenes Recht, Rechtspluralismus und alternative Rechtswissenschaft. Der diesjährige Kongress fand vom 2. bis zum 6. August 2010 in Lima (Peru) statt. Die Teilnehmer_innen waren vorwiegend Jurist_innen, Anthropolog_innen und Indigenenvertreter_innen aus beinahe allen lateinamerikanischen Ländern, vereinzelt auch aus Europa und den USA. Das Thema war Esther Sánchez Botero (Kolumbien) und Boaventura de Sousa Santos (Portugal) gewidmet und lautete „Herausforderungen für unsere Gesellschaften: Identitäten, Interkulturalität, Rechtspluralismus und kollektive Rechte“.

Aufgrund der Dichte des Konferenzprogramms kann hier nur ein kleiner Ausschnitt aus den Vorträgen und Diskussionen wiedergegeben werden. Der Schwerpunkt dieses Tagungsberichts liegt auf jenen Aspekten, die mit der Rolle des Rechts in kolonialen und postkolonialen Gesellschaften in Zusammenhang stehen.

Diese Aspekte kreisten vor allem um das erwähnte Konzept des Rechtspluralismus, das auch Hauptthema der ersten beiden Konferenztage war. Einige der Vortragenden waren Esther Sánchez Botero (Kolumbien), René Kuppe (Österreich), Raquel Yrigoyen Fajardo (Peru), Antonio Wolkmer (Brasilien), Rachel Sieder (Großbritannien/Mexiko), Rodolfo Stavenhagen (Mexiko) und Bartolomé Clavero (Spanien).

Kuppe führte in das Konzept des Rechtspluralismus ein und skizzierte aktuelle Debatten. Der Rechtspluralismus, so Kuppe, bezog sich ursprünglich auf das koloniale oder nach(post)koloniale Nebeneinander okzidentalen Rechts und anderen – typischerweise als exotisch und primitiv angesehenen – normativen Systemen der indigenen Bevölkerung, deren Rechtsqualität bis heute strittig ist. Mittlerweile bezieht sich der Begriff allgemein

auf die Koexistenz verschiedener normativer Systeme, ein Phänomen, das auch in Europa existiert, hier unter anderem durch Migration bedingt ist und zum Beispiel in den Kopftuchdebatten besonders deutlich wird. Der Kontext dieses Beispiels ist freilich ein anderer als der Kontext in postkolonialen Gesellschaften, in denen die indigene Bevölkerung vom Staat die Anerkennung ihrer normativen Systeme fordert.

Wie lateinamerikanische Staaten in der Geschichte bis heute mit diesen Forderungen umgingen, erörterte Yrigoyen Fajardo (siehe auch ihren Beitrag in diesem Heft). Sie unterschied diesbezüglich mehrere geschichtliche Phasen. Das koloniale Modell des Rechtspluralismus war von einer juristischen Unterordnung indigener Normensysteme geprägt. Diese Unterordnung ging mit wirtschaftlicher Ausbeutung und Rassismus einher und fand darin Ausdruck, dass die indigenen Normensysteme nur insofern als gültig betrachtet wurden, als sie nicht dem Christentum widersprachen. Der Liberalismus des 19. Jahrhunderts strebte in den unabhängigen Staaten die Implementierung eines monistischen staatlichen Rechtssystems an und versuchte, Rechtspluralität weitgehend zu unterdrücken. Im 20. Jahrhundert wurden der indigenen Bevölkerung mit der Entwicklung der Sozialstaatlichkeit zwar soziale Rechte zugestanden, sie wurden aber zunächst im Recht nicht als Indigene sichtbar sondern etwa als Bauern qualifiziert, um als solche soziale Rechte beanspruchen zu können. Erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts fand die kulturelle Diversität rechtlichen Ausdruck. Ein wichtiges Moment dieser Entwicklung war die ILO-Konvention 169.¹ Weiters konstituierten sich manche lateinamerikanische Staaten in ihren Verfassungen als multikulturell und schließlich als plurinational. Das Konzept der Plurinationalität lässt sich als innerstaatliche Verwirklichung des in der UN-Deklaration über die Rechte indigener Völker 2007 verankerten Selbstbestimmungsrechts verstehen und besagt, dass es sich bei den indigenen Völkern um eigenständige Nationen handelt. Der neue plurinationale Staat sollte folglich aus einem Pakt zwischen diesen Nationen und der dominanten Gesellschaft hervorgehen. Die neuen Verfassungen Boliviens und Ecuadors haben dieses Konzept übernommen.

Ein zentraler und nach wie vor ungelöster Konflikt, der wohl auch weder politisch noch juristisch jemals widerspruchsfrei beigelegt werden kann, ist der Konflikt zwischen der Anerkennung eines rechtlichen Pluralismus und solcher Rechte, die über den Pluralismus hinweg universelle Gültigkeit beanspruchen. Das sind primär die liberal und okzidental geprägten Menschenrechte. Da diese oftmals auch okzidentale Konzepte von Gesellschaft, Staat, Recht, Demokratie etc voraussetzen, impliziert das bedingungslose Pochen auf ihren Vorrang oftmals einen Diskurs, der seiner Struktur nach die koloniale Unterordnung indigener Rechtssysteme wiederholt. So betonte Yrigoyen Fajardo, dass sich in diesen Diskursen das koloniale Überlegenheitsdenken bis heute erhalten habe. René Kuppe zitierte in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des englischen Privy Council aus dem Jahr

1 Übereinkommen über indigene und in Stämmen lebende Völker in unabhängigen Ländern, 1989, der Internationalen Arbeitsorganisation.

1944 (*Oke Laoye v Amao Ojetunde*), in der das Gericht festhielt, dass die Normensysteme der indigenen Bevölkerung nur insoweit anzuwenden seien, als sie nicht (wörtlich) „barbarisch“ seien.²

Wie schwierig es ist, mit dem Spannungsverhältnis zwischen Rechtspluralismus, Anerkennung von Diversität und Menschenrechten umzugehen, zeigte sich schon allein darin, dass dieses Spannungsverhältnis im Laufe der Konferenz immer wieder Diskussionsgegenstand war. Eine allgemein zufriedenstellende Lösung ist wahrscheinlich unmöglich. Sánchez Botero erörterte allerdings eine vom kolumbianischen Verfassungsgerichtshof entwickelte kreative Formel, mit der konkrete Konflikte juristisch bewältigt werden können. Der Gerichtshof hat nämlich vier „*mínimos jurídicos*“ (juristische Mindestvoraussetzungen) festgelegt, die durch keines der Normensysteme verletzt werden dürfen. Es sind dies das Recht auf Leben, auf körperliche Integrität, das Sklavereiverbot und das Recht auf einen fairen Prozess, jeweils interkulturell interpretiert. Diese Rechte können als Sukkus nicht nur der Menschenrechte europäischer Prägung begriffen werden, sondern stellen auch den Kern der verschiedensten indigenen Normensysteme dar. So verstanden manifestiert ihre Vorrangstellung keine Unterordnung des einen Systems unter ein anderes, sondern ist Ausdruck eines Gemeinsinns.

Diese Rechtsprechung ist innovativ, wirft aber freilich ihrerseits neue Probleme der Interpretation auf – etwa im Hinblick auf die körperliche Integrität und verschiedenste Strafmechanismen indigener Völker. In einer von Kuppe geleiteten Arbeitsgruppe wurde zum Beispiel diskutiert, dass die Frage, wann eine Verletzung der körperlichen Integrität vorliegt, kulturell teilweise sehr unterschiedlich beantwortet wird, wobei auch die im Okzident übliche Praxis der Gefängnisse aus Sicht mancher indigenen Völker einen intensiveren Eingriff in die körperliche Integrität darstellt als das andere körperliche Strafmechanismen tun.

Wie schon eingangs erwähnt, bezieht sich das Konzept des Rechtspluralismus nicht nur auf postkoloniale Gesellschaften. Es geht nicht zwangsläufig um die Anerkennung der Normensysteme jener, die geschichtlich unterdrückt und ausgebeutet wurden. Wolkmer wies darauf hin, dass der Rechtspluralismus daher auch nicht notwendigerweise ein emanzipatorisches Konzept sein muss. Es gibt, so Wolkmer, ganz unterschiedliche Spielarten, beispielsweise einen konservativen, einen liberalen sowie einen anarchistischen Rechtspluralismus. Gemeinsam sei ihnen allen, dass sie sich der staatlichen Vormachtstellung und dem staatlichen Zentralismus im Hinblick auf die Normenproduktion entgegenstellen, dies allerdings unter verschiedenen Vorzeichen und mit verschiedenen Absichten. So setzt sich dem staatlichen Recht etwa auch ein transnationales Marktrecht (*lex mercatoria*)

2 *Oke Lanipekun Laoye v Amao Ojetunde* 1944 AC 170: “The policy of the British Government in this and other respects is to use for purposes of the administration of the country, the native laws and customs in so far as possible and in so far as they have not been varied or suspended by Statutes or ordinances. The courts which have been established by the British Government have the duty of enforcing these native laws and customs, so far as they are not barbarous, as part of the law of the land.”

entgegen. Im Unterschied zu jenem Pluralismus, der von indigenen Völkern oder sozialen Bewegungen gegenüber staatlichen Institutionen eingefordert wird, handelt es sich hierbei um einen „Pluralismus von oben“, der oftmals mit einer neuen Beherrschung der Peripherie oder Semiperipherie durch das Zentrum einhergeht. Nichtstaatliches Recht, so bemerkte Wolkmer in diesem Zusammenhang, kann ebenso despotisch sein wie staatliches Recht, ja sogar noch despotischer. Der Rechtspluralismus der verteidigt werden muss, sei der emanzipatorische Rechtspluralismus von unten, der in sozialen und indigenen Bewegungen wurzelt und den er als „partizipativ-gemeinschaftlichen Pluralismus“ bezeichnete.

Was Wolkmer als „Pluralismus von oben“ beschrieb, wurde in der von Elisa Cruz Rueda und Artemia Fabre Zarandona (beide: Mexiko) geleiteten Arbeitsgruppe über Kämpfe um Land und natürliche Ressourcen anschaulich. Zahlreiche Fallbeispiele, von Anthropolog_innen, Geograph_innen, Sozialwissenschaftler_innen und Jurist_innen aufbereitet, zeigten die politischen und juristischen Konflikte zwischen Kapitalinteressen und den durch das jeweilige Projekt betroffenen lokalen Bevölkerungen und ihren kollektiven Rechten. Es ging überwiegend um sogenannte Megaprojekte wie Energiegewinnung, Minen oder Tourismus. Die juristische Basis vieler dieser Projekte ist das Ergebnis neoliberaler Rechtsreformen und Freihandelsabkommen der Achtziger und Neunziger Jahre. Diese Reformen öffneten die Märkte in Lateinamerika und erlauben neue Formen der Einflussnahme, Beherrschung und wirtschaftlichen Ausbeutung durch privat- und wirtschaftsrechtliche Instrumente.

Die Vormachtstellung des globalen Zentrums zeigt sich nicht nur in dieser Einflussnahme auf die Rechtssetzung zugunsten von Kapitalinteressen. In Lateinamerika sind auch das Rechtsstudium und der Rechtsdiskurs – so Wolkmer – immer noch eurozentristisch geprägt. So lernen die Studierenden fast ausschließlich Rechtstheorien und Gerechtigkeitskonzepte von Rawls, Dworkin, Alexi oder Kelsen, aber nichts über den lateinamerikanischen neuen Konstitutionalismus. Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Verankerung sozialer Grundrechte würde die Weimarer Verfassung von 1919 weit öfter gelehrt als etwa die Mexikanische Verfassung von 1917 – und dies ohne der Sache nach gerechtfertigt zu sein.

Einen besonders starken Einfluss in Lateinamerika hatte und hat nach wie vor das Kelsensche Denken, das nicht nur das Verständnis von Recht und Staat, sondern auch Methode, Rechtsdogmatik und das juristische Studium prägt. Diesem Phänomen war eine eigene von Kuppe geleitete Arbeitsgruppe gewidmet. Die Ausgangsüberlegung dieser Arbeitsgruppe war, dass die Kelsensche staatskonzentrierte Rechtskonzeption und sein Rechtspositivismus in Lateinamerika oftmals dazu dienten und nach wie vor dazu dienen, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte sowie rechtspluralistische Modelle abzulehnen. Daraus ergeben sich mehrere bislang kaum untersuchte Fragen, unter anderem, wie Kelsen im lateinamerikanischen Kontext rezipiert wird, inwieweit der Kontext die übernommene Theorie verändert und ob die Kelsensche Theorie tatsächlich keinen Rechtspluralismus zulässt oder Kelsen in dieser Hinsicht nur instrumentalisiert wurde. Im Kontext des soge-

nannten neuen lateinamerikanischen Konstitutionalismus stellt sich außerdem die Frage, ob dieser das Kelsensche Denken obsolet werden lässt, weil es sich hierbei um ein eurozentrisches Rechts- und Staatsmodell handelt.

Die Analyse der Kelsenrezeption im Besonderen aber auch die Tagung insgesamt verdeutlichte, dass eine ernsthafte Auseinandersetzung mit dem Kolonialismus und seinen Folgen für uns aus dem globalen Zentrum wohl immer ein radikales Hinterfragen unserer Selbst und unserer Selbstverständlichkeiten impliziert. Ganz besonders in den Rechtswissenschaften stellt sie unsere Welt auf den Kopf.

Dr.ⁱⁿ Judith Schacherreiter ist Universitätsassistentin an der Abteilung für Rechtsvergleichung Einheitsrecht und IPR der Universität Wien, derzeit Schrödingerstipendiatin in Mexiko mit Forschungsprojekt zum mexikanischen Landrecht und Redaktionsmitglied des *juridikum*; judith.schacherreiter@univie.ac.at

Zyklen des pluralistischen Konstitutionalismus: Vom Multikulturalismus zur Dekolonisierung¹

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo

Einleitung

Dieser Artikel bespricht drei Reformzyklen lateinamerikanischer Verfassungen hinsichtlich der Beziehungen zwischen den Staaten und den indigenen Völkern sowie die Transformation der Staaten an sich. Dadurch soll der Horizont des pluralistischen Konstitutionalismus deutlich gemacht werden.

Die Verfassungsreformen seit den 1980ern in den lateinamerikanischen Staaten (und Kanada) – mit welchen die kulturelle Diversität und Rechte indigener Völker anerkannt sowie neue Modelle von Staat, Nation und Recht entwickelt wurden – eröffnen einen neuen Horizont des pluralistischen Konstitutionalismus.² Dies bedeutet nicht, dass die Innovationen der Verfassungen bereits zufriedenstellend implementiert wurden, aber es fand ein Paradigmenwechsel bezüglich der Beziehungen zwischen Staaten und indigenen Völkern statt.³

Eines der umstrittensten Themen bei den Verfassungsreformen Lateinamerikas war der Rechtspluralismus und die Anerkennung der indigenen Rechtsprechung sowie der Selbstregierung der indigenen Völker. Der diesbezügliche Widerstand hing eng damit zusammen, dass diese Kompetenzen nach traditioneller Sichtweise in das Gewaltmonopol der „souveränen Organe“ der Staaten fallen. In den neueren Debatten hingegen wurden das Modell der monokulturellen Staats-Nation und der juristische Monismus in Frage gestellt und gleichzeitig deren koloniale Wurzeln thematisiert.

1 Der Artikel ist Teil eines größeren Forschungsprojekts unter der Leitung der Autorin und wurde von Almut Schilling-Vacaflor in die deutsche Sprache übersetzt.

2 Die indigenistischen Politiken hinter den lateinamerikanischen Verfassungen sollten dabei nicht außer Acht gelassen werden und lassen sich in drei historische Phasen gliedern: Der liberal-assimilierende Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, der sozial-integrationistische Konstitutionalismus des 20. Jahrhunderts und der pluralistische Konstitutionalismus seit 1982 bis heute (vgl.: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2006). „Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino“. In: Berraondo, Mikel (Hg.). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto; S. 537-567).

3 Die staatliche Regulierung der indigenen Thematik steht in diesem Text im Vordergrund. Indigene Völker sollten jedoch nicht als passive Subjekte dieser Regulierungsversuche verstanden werden, sondern als Akteure der Transformationsprozesse (vgl. Albó, Xavier (2009). *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*. La Paz: CIPCA).

Die drei Zyklen des pluralistischen Konstitutionalismus, der multikulturelle Konstitutionalismus (1982-1988), der plurikulturelle Konstitutionalismus (1989-2005) und der plurinationale Konstitutionalismus (2006-2009) hinterfragen vermehrt zentrale Elemente der Konfiguration und Definition der republikanischen lateinamerikanischen Staaten. Diese wurden insbesondere im 19. Jahrhundert in dieser Form gestaltet und einige ihrer grundlegenden Elemente gehen sogar auf das 16. Jahrhundert zurück.

Die Verfassungsreformen sind Ausdruck sowohl historischer als auch neuer indigener Forderungen und gleichzeitig auch des diesbezüglichen Widerstands durch alte und neue Formen des Kolonialismus. Aufgrund der komplexen Kontexte, in denen die Reformen stattfanden, enthalten die Verfassungstexte Spannungen und – scheinbare wie reale – Widersprüche. Der Interpretation dieser Texte wird eine große Bedeutung zukommen, um die tatsächlichen Grenzen der Texte festzulegen und die Spannungen aufzulösen, damit die Umsetzung der Ziele und Prinzipien der pluralistischen Verfassungsprojekte gewährleistet wird. Die Interpretation der Verfassungen ist auch eine Ausübung von Macht, weshalb sie mit der Partizipation jener Völker, die einen Teil der plurinationalen Staaten ausmachen, erfolgen soll.

Ich werde im Folgenden die wichtigsten Innovationen der drei Zyklen des pluralistischen Konstitutionalismus zusammenfassen, mit einem Fokus auf die Beziehungen zwischen den Staaten und den indigenen Völkern, das Recht auf Identität und kulturelle Diversität sowie auf den Rechtspluralismus.

1. Der Zyklus des multikulturellen Konstitutionalismus (1982-1988)

Der erste Reformzyklus des pluralistischen Konstitutionalismus entwickelte sich in den 1980ern (1982-1988). Er kennzeichnet sich durch das Aufkommen von Multikulturalismus und indigenen Forderungen. Die Verfassungen dieses Zyklus führen das Konzept der kulturellen Diversität ein, die Anerkennung der multikulturellen und mehrsprachigen Zusammensetzung der Gesellschaft, das individuelle und kollektive Recht auf kulturelle Identität und einige weitere spezifische indigene Rechte. Die Verfassung von Kanada (1982) begann diesen Trend mit der erstmaligen Anerkennung ihres multikulturellen Erbes (*multicultural heritage*) und der Rechte indigener Völker (*rights of aboriginal peoples*). Zwei zentralamerikanische Verfassungen, nämlich die guatemaltekeische von 1985 und die nicaraguanische von 1987, machten ebenfalls erste Schritte zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Pluralismus, als Mittel zur Versöhnung und zur De-Eskalierung der Konflikte in Kontexten des Bürgerkrieges. Die Verfassung von Guatemala anerkennt den multiethnischen, multikulturellen und mehrsprachigen Charakter des Landes, das Recht von Personen und Gemeinschaften auf ihre kulturelle Identität sowie spezifische Rechte ethnischer Gruppen und indigener Gemeinschaften. Die Verfassung von Nicaragua beinhaltet ebenfalls die Anerkennung der "multiethnischen Natur" ihrer Bevölkerung sowie kulturelle, sprachliche und territoriale Rechte der ethnischen Gemeinschaften des Atlan-

tiks, mit dem Ziel, diesen zu ermöglichen sich gemäß eigener historischer und kultureller Traditionen zu organisieren. Diese Bestimmungen legten den Grundstein für die indigenen Autonomien Nicaraguas. Die Verfassung von Brasilien von 1988 (ein Jahr vor der Annahme des Übereinkommens 169 der ILO über Rechte indigener Völker) beinhaltet bereits einige der im Rahmen der Überarbeitung der ILO-Konvention 107 diskutierten Inhalte. Daher kann die brasilianische Verfassung bereits als Vorboten des zweiten Zyklus betrachtet werden. Sie enthält jedoch noch keine explizite Verankerung des Rechtspluralismus.

2. Der Zyklus des plurikulturellen Konstitutionalismus (1989-2005)

Der zweite Zyklus der Verfassungsreformen, der plurikulturelle Konstitutionalismus, wurde in den 1990ern entwickelt. Er umfasst die Verfassungen von Kolumbien (1991), Mexiko (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentinien (1994), Ecuador (1996 und 1998) und Venezuela (1999).

Die Verfassungen dieses Zyklus bestätigen das (individuelle und kollektive) Recht auf kulturelle Identität und Diversität und etablieren darüber hinaus das Konzept der „multikulturellen/multiethnischen Nation“ und des „plurikulturellen Staates“. Nicht nur die Diversität der Bevölkerung sondern auch der plurale Charakter der Staaten wurden in den Magna Cartas verankert. Basierend darauf wurden Rechte indigener Völker, der Afro-AmerikanerInnen und anderer Kollektive anerkannt. Die Verfassungen dieses Zyklus beinhalten bereits lange Listen von indigenen Rechten, in Übereinstimmung mit dem *ILO-Übereinkommen 169 über indigene und tribale Völker in unabhängigen Ländern* (1989). Diese Rechte umfassen unter anderem die offizielle Anerkennung von indigenen Sprachen, zweisprachiger interkultureller Bildung, Land, die Konsultation⁴ und andere Formen der Partizipation. Aber die wichtigste Innovation war vielleicht die Verankerung des Rechtspluralismus, durch die Anerkennung von indigenen Autoritäten, des Gewohnheitsrechts und der indigenen Administration der Justiz. Im Rahmen dieser Anerkennungen wurde die klassische Vision von Souveränität in Frage gestellt und die Pluralisierung der Gewalten und Funktionen der Staaten zum Ziel erklärt. Die Monopolisierung der Rechtsproduktion wurde damit aufgegeben. Dennoch weisen die neuen Ansätze ihre Grenzen auf und wurden häufig nicht systematisch umgesetzt.

Die Verankerung des Rechtspluralismus bedeutet den Bruch mit der Einheit Staat-Recht bzw dem juristischen Monismus. Demzufolge werden unter „Recht“ (also einem System von Regeln, das BürgerInnen miteinander verbindet) nicht mehr nur jene Normen verstanden, die von den Gewalten des Staates abgesegnet wurden. Der Staat hat also kein

4 Indigene Völker haben nach der ILO-Konvention 169 und der UN-Deklaration über Rechte indigener Völker das Recht darauf, vor administrativen oder legislativen Maßnahmen, die sie betreffen, konsultiert zu werden. Häufig stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern dieser Mechanismus die tatsächliche Mitentscheidung gewährleistet (Anm. der Übersetzerin).

Monopol mehr auf die Produktion der legitimen Gewalt. Die Verfassungen dieses Zyklus anerkennen indigene Autorität und deren eigene Normen und Verfahren. Dadurch erfolgt eine Pluralisierung der Quellen der Rechtsproduktion und der legitimen Gewalt. Die Produktion von Normen, die Administration der Justiz und die Organisation der öffentlichen Ordnung können nun auch (unter verfassungsrechtlicher Kontrolle) offiziell von den Autoritäten der indigenen Völker ausgeführt werden.

Die Anerkennung des Multikulturalismus und indigener Rechte in den 90ern erfolgte parallel zu anderen Verfassungsreformen, die im Kontext der Globalisierung die Einführung neoliberaler Politik unterstützten, darunter die Schmälerung der sozialen Rolle des Staates und der sozialen Rechte, die Flexibilisierung von Märkten und die Öffnung gegenüber den transnationalen Unternehmen, wie in Bolivien und Perú. Beispielsweise anerkennt die Verfassung von Perú (1993) auf der einen Seite den plurikulturellen Charakter des Staates und den Rechtspluralismus. Auf der anderen Seite wurden die Garantien der Unveräußerbarkeit, Unteilbarkeit und Unverkäuflichkeit der indigenen Ländereien, die seit den Verfassungen von 1920 und 1930 bestanden, eliminiert. In der Praxis ermöglichte dies, dass eine große Anzahl von transnationalen Unternehmen in indigenen Territorien aktiv wurde. Insbesondere der Abbau von natürlichen Ressourcen wurde vorangetrieben, was Landvertreibungen in einem Ausmaß mit sich brachte, wie sie seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr zu beobachten gewesen waren. Diese widersprüchlichen Entwicklungen hatten zur Konsequenz, dass die neu errungenen Rechte durch simultane neoliberale Politik in der Praxis neutralisiert wurden. Dazu kamen Faktoren wie die interne Gewalt und Konflikte sowie Asymmetrien von Macht, Drogenhandel u.a.m.

Die Anerkennung von neuen Rechten und indigenen Kompetenzen im Verfassungsrang und die Ratifizierung von Menschenrechtsabkommen generierten also eine Inflation von Rechten ohne zugehörige institutionelle Mechanismen, um diese effektiv zu machen. Die Anpassung der Gesetzgebung (wie Verwaltungsrecht, Zivilrecht, Strafrecht, etc) an die neuen Verfassungsnormen wurde bis heute in vielen Bereichen nicht abgeschlossen.

Die neu errungenen Rechte und Kompetenzen, die zuvor ausschließlich in den Einflussbereich der staatlichen Organe fielen, eröffneten Räume für zahlreiche rechtliche und politische Kämpfe, die teilweise bis heute nicht gelöst werden konnten. Beispielsweise verabschiedet die Legislative in vielen Ländern immer noch Gesetze ohne die vorhergehende Konsultation der indigenen Völker.⁵ Bis jetzt konnten weder die Gesetze noch die Gerichte abklären, wie umfassend das Recht auf Konsultation interpretiert werden sollte.

5 Dieses Thema stand beispielsweise im Zentrum von über 300 Strafanträgen in Mexiko gegen den Kongress. Das Argument dahinter war, dass dieser eine Konsultation zur Einführung der Abkommen von San Andrés nicht beachtete. Der Kongress verteidigte seine Souveränität und der Oberste Gerichtshof war nicht dazu imstande die Thematik zu klären. Im Fall von Kolumbien hat der Verfassungsgerichtshof hingegen die Unanwendbarkeit von Gesetzen erklärt, die nicht mit den indigenen Völkern abgesprochen waren (wie das Forstgesetz). Dennoch ist nicht gänzlich geklärt, welche Mechanismen der Konsultation, Partizipation und zum Erreichen der Zustimmung angemessen sind, um diese Rechte effektiv umzusetzen.

Das gleiche kann in Bezug auf die indigene Justiz gesagt werden oder über Konflikte hinsichtlich der Interpretation der Menschenrechte. In all diesen Bereichen gibt es zwar einige maßgebliche Fortschritte, aber gleichzeitig viele offene Fragen. Diese Fragen drehen sich um folgende Angelpunkte: Wie weit soll die Anerkennung des Pluralismus gehen und wer hat die Macht um dies zu definieren? Wer hat die Macht, über Konflikte der Interlegalität zu entscheiden, mit welchen Institutionen, unter welchen Rechtsvorstellungen und innerhalb welcher Rechtskultur (wenn die neuen Verfassungen die kulturelle Diversität anerkennen und die verschiedenen Kulturen miteinander gleichstellen)?

3. Der Zyklus des plurinationalen Konstitutionalismus (2006-2009)

Der dritte Reformzyklus innerhalb des pluralistischen Horizonts ist der plurinationale Konstitutionalismus. Er umfasst zwei verfassunggebende Prozesse, Bolivien (2006-2009) und Ecuador (2008). Diese Prozesse erfolgten im globalen Kontext der Annahme der UN-Deklaration über Rechte indigener Völker (2006-2007). Beide Verfassungen setzen sich eine Neuschaffung der Staaten zum Ziel, beginnend mit der expliziten Anerkennung der Jahrtausende alten Existenz der indigenen Völker; Völker die bei der ersten Gründung der Republiken ignoriert wurden und die es sich zum Ziel setzten, den Kolonialismus zu beenden. Die indigenen Völker sind nicht nur als „verschiedene Kulturen“ anerkannt, sondern als „ursprüngliche Nationen“ oder „Nationalitäten“ mit dem Recht auf Selbstbestimmung. Das bedeutet, dass sie kollektive politische Subjekte darstellen, mit dem Recht, ihr Schicksal selbst zu bestimmen, sich in Form von Autonomen selbst zu regieren und im neuen Staatspakt zu partizipieren, der nun „plurinational“ ausgerichtet werden soll. Die Definition des Staates als plurinational bedeutet, dass dieser kein „fremder“ Staat sein soll, der Rechte der Indigenen lediglich anerkennt, sondern dass die indigene Bevölkerung darüber hinausgehend selbst als gestaltendes Subjekt agiert. Gemeinsam mit den Angehörigen anderer ethnischer Gruppen sollen sie die Macht haben, das neue Staatsmodell mitzubestimmen. Die neuen Verfassungen kritisieren den Ausschluss der indigenen Bevölkerung bei der Gründung der Republiken und die Tatsache, dass diese im Laufe der Geschichte als minderwertig behandelt wurden – wie Minderjährige oder Minderbemittelte.

Als Folge der Krise der Strukturanpassungs-Modelle und der neoliberalen Politiken, nahm in der Gesamtbevölkerung die Forderung nach einer umfassenderen Anerkennung der sozialen Menschenrechte sowie nach einem aktiven Staat gegenüber den transnationalen Unternehmen zu. Ein Ausdruck dieser Tendenz sind umfassendere wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die auch indigene Visionen inkorporieren – darunter das Recht auf Wasser, auf das „gute Leben“⁶ und die Ernährungssicherheit. Darüber hinaus wurden neue

6 Anm der Redaktion: Kürzlich erschien im Juridikum ein Artikel, der dieses Konzept ausführlich behandelt. Vgl. Acosta, Das „Buen Vivir“. Die Schaffung einer Utopie, Juridikum 2009, 219.

Rechte verankert, wie etwa – entgegen der vorherrschenden westlichen anthropozentristischen Weltsicht – Rechte der Natur.

Die Verfassungen des 21. Jahrhunderts lassen sich in ein explizites Projekt der Dekolonisierung einschreiben und bekräftigen das Prinzip des Rechtspluralismus, die Gleichwertigkeit der verschiedenen Völker und Kulturen sowie die Interkulturalität. Die Verfassung von Bolivien bemüht sich darum, diese Prinzipien auch in Form des Wandels der Institutionen zu materialisieren. So wird beispielsweise die Parität zwischen der indigenen und der staatlichen Rechtsprechung festgelegt. Doch aufgrund der Widerstände von mächtigen Sektoren wurden zahlreiche Einschränkungen des Verfassungstexts durchgeführt, wodurch die neue Verfassung in diesem Bereich widersprüchlich ist.

Nicht nur die indigene Justiz wurde im Rahmen der Verhandlungen im Kongress über den Verfassungsentwurf eingeschränkt, sondern auch die indigenen Autonomien. Dies ist ein Ausdruck des theoretischen und politischen Widerstandes gegen die tiefgreifenden Reformversuche zusammenhängend mit der veränderten Rolle der indigenen Völker in den Staaten. Die gleichzeitige Existenz von pluralistischen Prinzipien (rechtlicher, politischer, wirtschaftlicher Pluralismus; indigene Autonomien, paritätische Zusammensetzung von Gerichtshöfen) und restriktiven Normen (indigene Justiz nur für Indigene, bei „indigenen Angelegenheiten“ in ihren Territorien) im Verfassungstext bedeutet Herausforderungen für die Interpretation und Umsetzung der pluralistischen Prinzipien und für die Verwirklichung des Ziels der Dekolonisierung. Weder der Widerstand in der Vergangenheit noch aktuelle Formen der Dominanz gegenüber den Indigenen sind friedlich. Verschiedene Formen der Gewalt kommen in den Aktivitäten von transnationalen Unternehmen in lokalen Kontexten zum Ausdruck, in trägen öffentlichen Apparaten und in rassistischen Nuancen alltäglicher Handlungen. Vielleicht ist die Ära der „freundlichen Transition“ von der Donna Lee Van Cott schrieb (*The friendly liquidation of the past*)⁷ nun zu Ende und wir blicken auf eine umkämpfte und unsichere Zukunft. Die Entwicklung von sekundärer Gesetzgebung, der institutionelle Wandel und der Wandel der rechtlichen Mentalitäten der Akteure zur effektiven Umsetzung der neuen Verfassungen stellen langfristige Herausforderungen dar.

Die nachstehende Tabelle soll einen Überblick über die verschiedenen Verfassungen innerhalb der beschriebenen Zyklen geben und diese rechtlich und politisch kontextualisieren.

Raquel Yrigoyen Fajardo ist peruanische Anwältin, Master in Strafrecht und soziale Probleme (Universität Barcelona), postgraduales Studium in Anthropologie (DEA-PUCP), Spezialisierung auf indigenes Gewohnheitsrecht (UNAM-USAC) und Federal Indian Law (Universität Oklahoma) und Gründungsmitglied des Instituto Internacional de Derecho y Sociedad – IIDS/International Institute on Law and Society – IILS); raquelyf@alertanet.org

7 Van Cott, Donna Lee (2000). *The friendly liquidation of the past. The politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Zyklen des Horizonts des pluralistischen Konstitutionalismus

Zyklen/ Verfassungsreformen	Erster Zyklus: 1982-1988 Multikultureller Konstitutionalismus	Zweiter Zyklus: 1989-2005 Plurikultureller Konstitutionalismus	Dritter Zyklus: 2006-2009 Plurinationaler Konstitutionalismus
Achse	Aufkommen des Multikulturalismus und des Rechts auf kulturelle Diversität	Von der multikulturellen Nation zum plurikulturellen Staat, mit internem Rechtspluralismus	Projekt der Dekolonisierung, plurinationaler Staat, mit gleichwertigem Rechtspluralismus
Beispielländer	Kanada, 1982 Guatemala, 1985 Nicaragua, 1987 Brasilien, 1988	Kolumbien, 1991 Mexiko, 1992 Paraguay, 1992 Perú, 1993 Bolivien, 1994, 2004 Argentinien, 1994 Ecuador, 1998 Venezuela, 1999, etc	Bolivien, 2006-2009 Ecuador, 2008
Internationales Recht	Noch gültig : - Konvention des indigenistischen interamerikanischen Instituts - ILO-Konvention 107 (1987-1989 in Überarbeitung)	- Annahme der ILO-Konvention 169 über indigene Völker (1989) - Mexiko ratifiziert Konvention 1991; danach zahlreiche weitere Länder, ua der Anden	Annahme der UN-Deklaration über Rechte indigener Völker - durch den UN-Menschenrechtsrat: 2006 - durch die Generalversammlung: 2007
Internationale Politik	- Kritik am integrationistischen Ansatz des ILO-Übereinkommens 107 - Gründung der UN-Arbeitsgruppe über indigene Völker (1982) mit der Partizipation von Indigenen	Überwindung des integrationistischen Ansatzes: - ILO-Übereinkommen 169 anerkennt die Ziele der indigenen Völker zum Leben mit eigenen Institutionen und nach eigener Lebensweise; das Recht auf eigenständige Entwicklung, Identität, Sprachen und Religionen, innerhalb der Staaten	Selbstbestimmung: - Indigene Völker und Personen sind frei und gleichwertig wie alle anderen Völker - Indigene Völker haben Recht auf Selbstbestimmung, Autonomie und Selbstregierung
Nationale Kontexte	- Länder mit großer kultureller Diversität und indigener Präsenz - interne Spannungen mit indigenen Völkern, in Konflikt oder Post-Konflikt-Situationen (Nicaragua, Guatemala)	- Zusammenschluss von indigenen Bewegungen und Formulierung von Forderungen - Annahme neoliberaler Politik: Strukturereformen der Staaten, Verringerung von sozialen Rechten, Öffnung gegenüber transnationalen Unternehmen	- Große indigene Präsenz in verfassunggebenden Prozessen - Scheitern der neoliberalen Politik - Ausübung von Druck zum vermehrten Schutz der sozialen Rechte durch die Staaten
Rechtssubjekte	- Gemeinschaften (Nicaragua) - ethnische Gruppen, indigene Gemeinschaften (Guatemala) - Bevölkerungsgruppen (Brasilien) - ursprüngliche Völker (<i>aborigenes</i>) (Kanada)	- Gemeinschaften (indigene, bäuerliche, native, <i>rondas campesinas</i>) - indigene Völker - ursprüngliche Völker (<i>originarios</i>) (Perú)	- Gemeinschaften - indigene Völker - ursprüngliche/ indigene Nationen (Bolivien) - indigene Nationalitäten (Ecuador)
Inhalte der Anerkennung	- Multikulturalität (Kanada) - Recht auf kulturelle Identität (Guatemala, Nicaragua) - Multiethnizität (Nicaragua) - indigene Rechte (Brasilien, Guatemala)	- Bekräftigung des Rechts auf Identität und kulturelle Diversität - vom Recht auf Diversität zur Definition der Nation/ Republik/ des Staates als multi- bzw. plurikulturell - Inkorporation von Listen kollektiver Rechte der indigenen Völker - Recht auf Konsultation und Partizipation - Anerkennung des internen Rechtspluralismus (Autoritäten, Wohnheitsrecht, eigene Jurisdiktion)	- plurinationaler Staat - Anerkennung der prä-kolonialen Existenz von indigenen Nationen/Völkern und ihrer Selbstbestimmung - soziale Verantwortung der Staaten - neue Rechte von indigenen Individuen, Gruppen, Gemeinschaften, Völkern, Nationen, Nationalitäten - Neue soziale Rechte (Wasser, „Buen Vivir“, von der Natur) - indigene Autonomien - gemischte interkulturelle oder plurinationale Institutionen - explizite Anerkennung des Rechtspluralismus - Prinzip des gleichwertigen Rechtspluralismus; paritätische Repräsentanz
Einschränkungen/ Probleme	- Die Anerkennung der Diversität verändert den Charakter des Staates nicht - Rechtspluralismus und eigene Jurisdiktion nicht anerkannt (Anerkennung indigener Justiz auf Ebenen unter der Verfassung enorm limitiert)	- Neue Rechte bedeuten keine strukturelle Reform der Staaten (zB keine neuen Formen der Partizipation und Konsultation) - Verringerung der sozialen Rechte - Gleichzeitige Anerkennung des Multikulturalismus und Abnahme der sozialen Rolle des Staates, wodurch Rechte neutralisiert werden - unkohärente Anerkennung der indigenen Justiz (Perú, Bolivien) - Rechtspluralismus: eingeschränkt durch Gesetze und Verfassungen	- Notwendigkeit von politischen Pakten zur Umsetzung der Verfassungen öffnet Möglichkeiten zur Einschränkung der Verfassungstexte - Bolivien: endgültiger Verfassungstext eingeschränkter als ursprüngliche Version (keine departement-übergreifenden indigenen Autonomien, Einschränkung der indigenen Justiz) - Ecuador: indigene Justiz beschränkt auf innere Angelegenheiten

Citizenship reviewed – The transformation of the constitutional notion in Ecuador

Marco Navas Alvear

1. Introduction

The constitutional notion of citizenship has undergone continuous changes in the last period of democracy that Ecuador lives since 1979. This article briefly examines whether these changes lead to a new reading of the classical liberal notion of citizenship and to which extent they express the need for Ecuador to find an appropriate (autochthonous) normative model in order to embrace the demands to recognize diversity and enhance democratization generated in this period.

Traditionally, Latin American constitutional thought and in particular the Ecuadorean, had been inspired by the doctrines derived mainly from the French Revolution and, accordingly, had based the concept of citizenship on two elements:

a) Firstly, it was considered as a legal relationship between a “state organization” and an individual¹. Professor Oscar Correas indicates in this respect that “as far as he is included in a State, the modern man is considered a citizen”². Correas criticizes the rule of law model which emanated from the French Revolution. Accordingly, contrary to their proclamation as “droits de l’homme” in fact, these rights were strongly linked to being member of a national state (nationality). Not all human beings were guaranteed these rights but only the “citoyen” and “citizenship” required nationality.

b) Secondly, the legal relationship between a state and its citizens is above all a political relation. According to Rodrigo Borja in this sense it implies in particular: “an accumulation of political rights and duties that the citizens of a State have”³ or in other words, “the political ability, the ability to exercise political rights in general”⁴.

This idea of citizenship has inspired the constitutional and legal development in Ecuador since its founding as an independent State (through separation from Gran Co-

1 Cf. Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1993. P. 70.

2 “Estado, sociedad civil y derechos humanos”, in *Crítica Jurídica*, Latin American Journal of Politics, Philosophy and Law No. 15, IJ-UNAM, Mexico, 1994. P. 241.

3 *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1997. P. 114.

4 Julio Tobar Donoso and Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, CEP, Quito, 1981. P. 131.

lombia in 1830) until the last decade of the 20th century. It had an important practical effect on the people: the state demanded certain requirements of an individual (including nationality, age, education and others) for granting him the legal status of a citizen as well as a number of political rights and the possibility to take part in the political process.

2. Citizenship as an “idea of nationality”: an inequitable paradigm

However, this concept of citizenship promoted a certain “idea of nationality” that did not take into account the existence of other cultures than the dominant “White Creole”. In this sense, citizenship became an instrument that allowed local elites to perpetuate a form of exclusion that had been imposed by the Spanish *conquistadores* by giving it a “modern form” and constituting modern mechanisms to restrict the participation of subaltern parts of the population. Full citizenship was reserved for those who fulfilled the conditions of the political and cultural model of the modern nation-state. Consequently, citizenship was used as a device to legitimize the traditional model of limited democracy controlled by political elites⁵.

The way political citizenship was established and defined in the Ecuadorian constitution does not substantially differ from the model adopted by other democracies in Latin America, North America or Europe. What seems to distinguish Latin America (as for example Holston observed in the case of Brazil⁶) is, that in contrast to northern countries where the limitations of the exercise of political citizenship were removed in the course of the 20th Century, such improvements did not happen to the same extent in Latin America where processes of consolidation of liberal democratic models and the implementation of welfare politics did tend to abolish the exclusive effects of the concept of citizenship. Thus, if we examine the evolution of this concept during the Ecuadorean republican time, which is similar to the evolution in other countries of the region, we notice that it started from a highly restricted notion limiting the participation of thousands of Ecuadorians, among them women, Indians, illiterate, poor, children or the youth.

3. Processes of enlargement

The category of citizenship has, however, experienced a relatively constant, but intricate process of enlargement. This enlargement was becoming evident in the constitutional development. The constitution of 1830 was characterized by numerous restrictions and

5 Cf. Marco Navas Alvear, “La ciudadanía social y derecho a la comunicación en la constitución de Ecuador”, in *Colección ¿más derecho? N. 2: Libertad de Expresión y Democracia desde una perspectiva latinoamericana*, di Placido editores, Buenos Aires.

6 James Holston, *Insurgent citizenship, disjunctions of democracy and modernity in Brazil*, Princeton University Press, New Jersey, 2008.

requirements concerning income, profession, gender and educational level. Thus the legal system established restrictions for the opportunities of participation of many Ecuadorians⁷.

During this process, broader population groups have been formally incorporated into the concept of a “national project.” However, they have been granted, at best, a “ready-made” status in the “democratic order” regardless of the fact whether such a position was suitable in terms of social justice or recognition of their cultural identity. I have already mentioned the relationship between citizenship (in terms of an exclusive tradition) and the construction of the nation state as a political project and agreed with authors such as Galo Ramón who considers the Ecuadorian project as a “Creole National state building”. This project resulted in different policies and institutions which were followed, deliberately or not, by various forms of political administration in order to achieve what is called national integration⁸.

In this context, citizenship was one of the institutes with which various state policies concerning national integration were developed, such as educational policies. As noted by Baud, citizenship is more than a formal territorial legal aspect: it is also an element that tends to create “a civilian community par excellence”⁹.

In the mid-20th century, most of the requirements for citizenship were eliminated. The Constitution of 1945 kept only two, namely basic education and minimal age. Article 15 indicated: “All Ecuadorian men or women over eighteen years of age, who can read and write are citizens”. As clarified in the amendment proposal of 1946, a citizen was entitled to “elect and to be elected” (Art. 17).

In 1972 a military government took the power and suspended the Constitution of 1945. In 1979 a new democratic era began with the restoration of free elections and a new Constitution was approved by a referendum.

This new text can be characterized as a product of re-democratization. It eliminated the requirement of minimum education. Thus, Article 12 determines: “All Ecuadorians over eighteen years of age are citizens”. The definition of citizenship was closely linked to the exercise of political rights. However, according to the liberal model of representative democracy provided by this Constitution, these rights were basically limited to the right to vote and (if the person met a number of additional requirements) the right to be elected as officer or representative.

7 For an account of the evolution process of the requirements for citizenship see Rodrigo Jacome Moscoso, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 1931, pp 106 et seq.

8 See “Estado Plurinacional, una propuesta innovadora atrapada en viejos conceptos”, in *Pueblos Indígenas, Estado y Derecho*, Quito, CORPEA-CEN, 1992, pp. 11 et. Seq. in M. Navas, *Derechos Fundamentales de la Comunicación, una visión ciudadana*, Universidad Andina/CEN/Abya Yala, Quito, 2002. Chp. 5.1.

9 Cf. *Etnicidad como estrategia en América Latina y el Caribe*, Quito, Abya-yala, 1996. P. 78.

4. Constitution of 1998: the conception of the proactive citizen

The return to democracy led to the recuperation of civil and political rights and the appearance of new social movements which created strong expectations on these rights. The widespread presence of these movements, particularly the 'Indígena' Movement in the early 90ies opened the stage for the emergence of new identities and inspired the development of a new 'democratic spirit' in important sectors of society. A key part of this process was the redefinition of social demands, which did no longer refer only to the redistribution of resources, but also (as remarked by Nancy Fraser¹⁰) to the recognition of the diversity of identities existing in Ecuador. This process was accompanied by a discourse based on rights on the one hand and successful forms of mobilization on the other. These two factors were important in order to build a joint resistance against the exclusionary economic model that was attempted to be imposed in this period.

The constituent process that took place in 1997 gave these social forces the opportunity to manifest their demands. The social movements participated very actively in the elaboration of the Constitution. Although the organizational and economic parts of the 1998 Constitution adopted in many aspects a "neoliberal model", the social movements considerably shaped the chapters dealing with principles (the so called '*dogmática*' in Spanish and Latin American constitutional tradition). Hence, the Charter established very important rules in order to expand the horizons of democracy, including the concept of citizenship.

Citizenship was redefined not only in a more comprehensive way, but the concept as such was modified in a way which allows to speak about a real 'reloading' and 'resemantization' of this category. Nonetheless, the wording of the respective provision is very simple. Article 6, second paragraph, states: "All Ecuadorians are citizens and, as such, exercise the rights established in this Constitution with the requirements prescribed by law".

It is important to emphasize that there are some significant differences between the traditional and the current definition of citizenship:

Firstly, citizenship covers explicitly the exercise of all rights, not only of political rights. According to the traditional liberal view of earlier texts, citizenship was related exclusively to the exercise of formal democracy. Its new conception goes beyond this approach and allows the exercise of "substantial democracy", which implies the right to material conditions of fairness for all who live within the state¹¹. The rights rest upon a powerful holistic approach which implies the consideration of different rights as interdependent. In view of that, the practice of civil and political rights can not be understood separately from the exercise of social rights, including the right to be educated, to live with dignity,

10 See *Redistribution or Recognition*, Verso, London, 2003.

11 Concerning the distinction between formal and substantive democracy, see N. Bobbio, Pasquino and Mateucci, *Diccionario de Política*, 10th Ed, 'Siglo XXI, Mexico, 1997.

to have access to high-quality goods and services, culture, full communication, etc. This concept tends not to restrict but to strengthen citizens' political influence motivating them to take a "proactive attitude" by exercising their rights. In other words, citizenship is a notion that implies a willingness to engage, to enforce these rights, to participate in their implementation and continuous development, even prior to governmental action¹². It is thus a concept that empowers people¹³.

Second, despite the extension of the concept of citizenship to all the constitutional rights, it is clear that in a very broad sense, the exercise of political rights is still the center of citizenship which not only comprises the exercise of voting rights or access to public charges. The Constitution of 1998 also inserted some new political instruments into the model of representative democracy (Title IV "other forms of political participation", Chapter 2), such as the revocation of the mandate (Art. 109-113) or the Referendum (Art. 103-106). Unfortunately, these innovations were subject to a number of constraints (in form of requirements) making them impractical in large part. Nonetheless, the political practice in this new context can be characterised as an active involvement and a multifocal institutionalized decision-making.

Moreover, in third place, this concept of citizenship includes both an individual level and a collective level. The citizen is entitled to freely associate in numerous ways in order to defend common rights. Examples are consumer associations, trade unions, collectives of intellectuals and artists, environmental activists, solidarity networks, organizations of Afroecuadorean and Indigenous Peoples, etc. In combination with the fact that the Constitution recognized the country's pluricultural (plurinational came in 2008) character, this proactive citizenship creates a renovated concept of nationality that is not univocal, but plural, framed on the principle of "unity in diversity".

Despite of the attempts of political reform introduced by the Constitution of 1998, the Ecuadorian political situation became worse during the last 10 years, reached an irreversible state of erosion and lead to a permanent crisis marked by a massive rejection of the political system as well as two presidential falls (Jamil Mahuad in 2000 and Lucio Gutierrez in 2005) after protests by social movements¹⁴. These developments clearly reflect the tension between representative democracy, its institutions and actors on the one hand and the demand for participatory democracy driven by various social sectors, on the other hand. Those who defend participatory democracy seem to understand the role

12 See Navas 2002. Chp. 5.1.

13 This new concept of citizenship had considerable impact on the development of new participatory associational forms like committees (veedurías) to monitor the realization of the economic, social and cultural rights, or assemblies to discuss the best manner to regulate or implement these rights (eg participatory budgeting assemblies many in municipal governments).

14 Both Mahuad and Gutierrez had broken the constitution. Mahuad had imposed the U.S. dollar as national currency contrary to the constitutional rule and Gutierrez intervened in the judiciary branch and attempted to declare himself as a dictator. Furthermore, both were accused of illegal dealings to favor particular economic interests. In 1997 occurred the fall of president Abdalá Bucaram, after large protests, accused of serious acts of corruption.

of “citizens” within the meaning of politically active subjects of rights. Consequently, we can say that in recent years a fundamental characteristic of democracy in Ecuador, has been instability as well as a more or less continuous mobilization.¹⁵

These mobilizations and social demands for a more participatory model of democracy led to the emergence of the constituent assembly of 2007 as an arena for developing the most recent Ecuadorean constitution.

5. Constitution of 2008: From proactive citizens to “good living”

If the 1998 Constitution already established a new and proactive understanding of the concept of citizenship, the most recent Charter adopted by the referendum in 2008 allows for a reading which is even more vanguard and defines citizenship as notably integral and expansive.

Accordingly, citizenship is considered in terms of the holistic concept of “Sumak Kawsai” in Kichwa¹⁶ (“buen vivir” or “good living”). This concept is a kind of leitmotif of the Constitution, which was inspired by the worldview of traditional Andean culture, proposed to restore a way of life in harmony with nature and based on multiculturalism as a principle of coexistence of the various nationalities that inhabit the country.¹⁷

This concept of “good living” is also interesting because it represents an attempt to think constitutional law (and subsequently the normative system in general) with regard to the Ecuadorian (Latin – South American – Andean) autochthonous reality, hence in a way which not simply tries to repeat a ‘model’ inspired by European or North American legal thought. In this sense, the constitutional process of 2007-2008 and the constitution that emerged from this process, certainly respond to the theoretical and practical effort to seek what we call, an *own and appropriate way* to organize the State, or seen from another angle, an effort to decolonize the structures of the state¹⁸.

Moreover, the Constitution of 2008 goes beyond traditional approaches in order to expand the already broad table of rights that the previous Constitution established. Thus, in addition to traditional civil and political rights, the new constitution particularly strengthens social rights and provides new rights of participation. Above all, the Charter connects citizenship to all these groups of fundamental rights, which are considered as an indivisible block. The fulfillment of these rights is supported by a strengthened system of actions and mechanisms of legal guarantees, called “Constitutional Social State of

15 Cf. M. Navas “El gobierno Correa, atrapado entre dos tiempos” in A. Buhl et. Al. (Eds.) *¿LatAméricaKa? Chávez, Morales, Bachelet... wohin führt ihre Politik?*, Martin Meidenbauer Verlag, München, 2008, pp. 153-154.

16 Idiomatic variation to the language of the ancient Inca Empire, which was spoken in the extreme north of this state (south of Colombia and Ecuador). It is recognized as official language in Bolivia, Peru and Ecuador.

17 Comment of the Editorial Board: We published an article which profoundly analyzes this concept in *juridikum* 4/2009. See *Acosta*, Das „Buen Vivir“. Die Schaffung einer Utopie, *juridikum* 4/2009, P. 219.

18 From this last point of view see the article by René Kuppe about the Bolivian case, “Die neue Verfassung Boliviens – Ausdruck des neuen lateinamerikanischen Konstitutionalismus” in *juridikum* 4/2009, pp. 194-195.

Rights and Justice” (Art. 1 of the Charter), inspired by the doctrines of the “neoconstitucionalismo”¹⁹ (neo-constitutionalism) and the “*garantismo constitucional*” (constitutional garantism)²⁰.

6. Summary

As we could observe in this brief account, the constitutional concept of citizenship has undergone important changes, particularly since the establishment of democracy in 1979. From a biased concept in the beginning of the Republic (1830) which required citizens to be male, members of the Catholic Church or having a certain income, citizenship was remodeled into a more liberal concept in the 20th Century. Until 1979 all requirements excepting the “age majority” had been abolished.

The Constitution of 1998 marks a shift away from traditional constitutional designs. It reflects many of the demands of democratization that were developed through the constant processes of mobilization and social struggle led by social movements (particularly by the Indigenous Movement) throughout the 90ies. In this Charter the concept of citizenship was renewed and re-extended from the political dimension to the renewed civil, social, economic and cultural dimensions. This occurred in the context of the adoption of an inclusive and pluralist notion of nationality (guided by the principle of ‘unity in diversity’).

Finally, in the most recent Constitution of 2008, this trend of democratization was further accentuated. Citizenship is reinterpreted within the notion of the “Constitutional Social State of Rights and Justice”, and additionally by the holistic concept of “Sumak Kausai” (good life), which aims to concretize the contents of this constitutional social state. The new concept of citizenship becomes a very important device on the collective effort to find an appropriate (and autochthonous) framework to deepen democracy in accordance with the complex multicultural reality of this Andean country. Thus, it also implies a process of decolonization.

Dr. Marco Navas Alvear is Aggregate Professor at the Faculty of Law, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito. Doctor of Jurisprudence UCE Quito and PhD (c) Freie Universität Berlin; mnavalvear@zedat.fu-berlin.de / mnavalvear@yahoo.es

19 Comment of the Editorial Board: On “neoconstitucionalismo” see *juridikum* 4/2009.

20 On this point and in an extremely synthetic manner, we can identify three theoretical assumptions from these approaches which have most influenced the current Ecuadorian Constitution: 1) the primacy of the Constitution, i.e. the absolute superiority of constitutional law over all other forms of regulation, and the subordination of all body state power to it (with binding effects). 2) The fundamental rights as axis of the Constitution. 3) The need to ensure the widest possible observance of constitutional rights, for which establishing a series of precise and explicit mechanisms, called indeed ‘guarantees’.

„Bolivarische Revolution“ in Venezuela

Die *Misiones* als Beispiel für progressive Lösungskonzepte in der Sozialpolitik¹

Ilse Koza

Einleitung

Mit dem Amtsantritt von Hugo Chávez am 2.2.1999 und der Verkündung der „Bolivarischen Revolution“ sowie dem „Sozialismus des 21. Jahrhunderts“ wurde in Venezuela ein neues Kapitel aufgeschlagen. Das politische und rechtliche Programm der venezolanischen Regierung unter Staatschef Hugo Chávez ist expressis verbis darauf ausgerichtet, alte und traditionelle Strukturen, die auf das von den Kolonialmächten tradierte Staatsverständnis zurückgehen, aufzubrechen. Diese (postkoloniale) Neuorientierung manifestiert sich sowohl in Bezug auf die Wirtschaftspolitik – durch die Entwicklung alternativer Strategien zum neoliberalen Mainstream – als auch in einer Neupositionierung von Gesellschaft und Demokratie im Sinne einer gerechteren Umverteilung und der Verankerung eines partizipativen und repräsentativen Zugangs.

Der folgende Beitrag setzt sich zum Ziel, das Transformationspotential dieser Revolution am Beispiel der venezolanischen Sozialpolitik genauer unter die Lupe zu nehmen. Hierzu wird die Rolle der *Misiones* beleuchtet. Es handelt sich um innovative Sozialprogramme, die nach einer in der lateinamerikanischen Politik- und Sozialwissenschaft formulierten Transformationsthese ein neues Gesellschafts- und Staatsverständnis verankern möchten.

Der Beitrag gliedert sich in drei Abschnitte. Der nachfolgende Abschnitt soll die Analyse theoretisch einrahmen und sozio-politisch kontextualisieren. Anschließend wird die Entwicklung der *Misiones* und deren Transformationspotential analysiert. Der letzte Abschnitt schließlich resümiert die aus der These gezogenen Schlüsse und gibt einen Ausblick auf zukünftige Entwicklungen.

1 Ich bedanke mich bei René Kuppe für die Inspiration zur Beschäftigung mit diesem Thema und bei Marion Guerrero für wertvolle Anmerkungen zu diesem Artikel.

1. Theoretischer Rahmen: Alte und neue Staatsmodelle

1.1. Ungerechte Verteilung der Erdölrente

Zum Amtsantritt von Hugo Chávez stellte sich die soziale und wirtschaftliche Situation wie folgt dar: die Inflation hatte 20% erreicht; 40% der Bevölkerung lebte unter der Armutsgrenze; die Arbeitslosigkeit betrug 15%.² Zahlen zufolge entfallen in Venezuela drei Viertel aller Exporte auf den Bereich Erdöl; mehr als ein Drittel des Bruttoinlandsprodukts werden auf direkte oder indirekte Einnahmen aus der Erdölproduktion zurückgeführt. Diese Größenordnung macht deutlich, dass die wirtschaftliche Situation und die sozialen Verhältnisse innerhalb des Landes zu großen Teilen davon abhängen wie diese so genannte Erdölrente verteilt ist.³ Die eingangs erwähnten Zahlen deuten auf eine ungerechte Verteilung der Erdölrente hin. Der Einfluss transnationaler Konzerne auf die Politik des einflussreichen Erdölunternehmens „Petróleos de Venezuela S.A.“ (in Folge kurz PDVSA) sowie der Fluss des Kapitals ins Ausland werden für diese ungerechte Verteilung mitverantwortlich gemacht.⁴ Der staatliche Anteil an der PDVSA hatte sich von 71% (1981) auf 39% (2000) reduziert.⁵ Eines der zentralen Ziele von Chávez war daher die Wiederaneignung der Kontrolle über die Erdölindustrie.⁶ Jene Dekrete, die einen wirtschaftspolitischen und sozialen Kurswechsel zum Inhalt hatten, führten zu heftigen Auseinandersetzungen mit großen Teilen der Ober- und Mittelschicht, die von der damaligen Situation profitierten.⁷ Manche warfen Chávez autoritäre Tendenzen vor, da er mehrmalig Versuche unternahm, sich eine unbegrenzte Wiederwahl zu sichern und regierungskritische Medien untersagte. Zahlreiche Streiks und offene Auseinandersetzungen auf den Straßen mündeten schließlich in einen Putsch gegen den Präsidenten, der jedoch wenige Tage später wieder im Amt saß. Ein konzilianterer Kurs konnte am Widerstand der Opposition nichts ändern. Die Auseinandersetzungen fanden ihren Höhepunkt in einem Generalstreik der Führungskräfte und MitarbeiterInnen der PDVSA, die den Präsidenten mit einem Stop der Ölforderung für zwei Monate zum Rücktritt zwingen wollten. Stattdessen entließ die Regierung 19.000 MitarbeiterInnen – darunter führende Kräfte – und führte damit einen politischen Kurswechsel herbei.⁸ Seit diesem Zeitpunkt werden die Einnahmen der PDVSA dazu genutzt, die *Misiones* zu finanzieren.

2 D'Elia/Cabezas, in Ildis (Hg), *Las Misiones Sociales en Venezuela*, 2008, 1, http://www.ildis.org.ve/website/p_index.php?ids=7&tipo=P&cvermas=124 (3.9.2010).

3 Müller, *Der venezolanische Rentensozialismus*, Zeitschrift marxistische Erneuerung 2007, 13.

4 Parker, *Chávez and the Search for an Alternative to Neoliberalism*, Latin American Perspectives 2005, 40 f.

5 Zeuske, *Kleine Geschichte Venezuelas* (2007), 184.

6 Müller, aaO, 14.

7 Wilpert, *Socialism and Democracy* 2005, 13.

8 Zeuske, aaO, 187 ff.

1.2. Repräsentationskrisen und Lösungsansätze

Die Ausgangslage für einen politischen und sozialen Kurswechsel in Venezuela war ein unter einer Repräsentationskrise leidender Staat. Der Staatsbegriff der vorhergehenden Regierung umfasste nur einen (bestimmten) Teil der Bevölkerung. Die Konsequenz war eine drastische Trennung von Staat und Gesellschaft.⁹ Aus der Perspektive des Staatsbürgerschaftskonzepts (*ciudadanía*-Konzept), wird dieses Phänomen treffend als „*estado sin ciudadanos*“ (Staat ohne BürgerInnen) oder „*ciudadanía tutelada*“ („bevormundete Bürgerschaft“) bezeichnet.¹⁰ Es zeichnete sich eine zunehmende Diskrepanz zwischen der Fiktion des Staates als Vertreter der gesamtgesellschaftlichen Allgemeininteressen und der eigentlichen Diversität/Spaltung eines Landes in kultureller/ethnischer sowie ökonomischer Hinsicht ab. Durch die Forcierung eines monokulturellen und zu Gunsten einer bestimmten Bevölkerungsschicht angelegten Staatsmodells wurde diese Diskrepanz mitverursacht und aufrechterhalten. Das neue venezolanische *ciudadanía*-Konzept strebt die weitreichende Anerkennung sozialer Rechte an und betont die Grundsätze einer partizipativen Demokratie,¹¹ womit der Einschluss aller Bevölkerungsschichten verbunden ist. Die „Bolivarische Revolution“ zielt darauf ab, das nach der venezolanischen Unabhängigkeit etablierte republikanisch-bürgerliche System durch ein auf Pluralismus beruhendes Staatsverständnis abzulösen.¹² Diese Entwicklung lässt sich generell in jenen lateinamerikanischen Staaten, die einen hohen Anteil indigener Bevölkerung aufweisen, beobachten (zB Bolivien, Ecuador) und wird in der Literatur bisweilen als *nuevo constitucionalismo* (neuer Konstitutionalismus, auch Konstitutionalismus dritter Generation) bezeichnet.¹³ Die neue venezolanische Verfassung betont Elemente der partizipativen Demokratie sowie das Konzept einer sozialen BürgerInnenschaft¹⁴, indem eine umfassende Anerkennung sozialer Rechte eines breiten Personenkreises erfolgt und Gerechtigkeit sowie soziale Gleichheit als oberstes Prinzip der Wirtschafts- und Sozialpolitik verankert wird.¹⁵

9 *Criado de Diego*, La absorción del Estado por lo colectivo: el proyecto constitucional de sociedad civil en Venezuela, in Pastor/Salamanca, El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela (2006); zu Bolivien: *Arze Vargas*, Staatsreform in Bolivien: Neuaufgabe der Reformutopie, Juridikum 2009, 210.

10 *Gómez Sánchez*, El papel de las *Misiones* sociales en la construcción de identidades políticas en Venezuela, Revista Venezolana de Economía y Ciencias 2007, 18.

11 *Pastor/Dalmau*, Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007), Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales 2008, 109.

12 *Kuppe*, Indianische Rechte und Partizipation im Rahmen der Verwirklichung eines plurikulturellen und multiethnischen Staates, Indiana 2000/2001, 106.

13 Anstatt vieler *Kuppe*, Die neue Verfassung Boliviens – Ausdruck des neuen lateinamerikanischen Konstitutionalismus, Juridikum 2009, 194 ff.; *Noguera Fernández*, El constitucionalismo de tercera generación: Rompiendo la tensión entre la definición social del estado y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 2009, 245 ff.

14 Zu dem Zusammenhang zwischen einem weiten Bürgerschaftsmodell und den *Misiones* siehe insbesondere *Gómez Sánchez*, aaO, 13 ff.

15 *Patruyo*, in Ildis (Hg), El estado actual de las *Misiones* sociales: balance sobre su proceso de implementación e institucionalización 2008, 4, <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/05568.pdf> (3.9.2010).

Die Gesellschaft und der Staat gelten gleichermaßen als gestaltende Akteure. Der einzelne Bürger/die einzelne Bürgerin hat einerseits das Recht, sich direkt oder indirekt an den öffentlichen Angelegenheiten zu beteiligen und andererseits die Pflicht, sowohl individuell als auch im Kollektiv diese Partizipation voranzutreiben (Prinzip der Mitverantwortung Art 4, Art 62).¹⁶ Zu diesem Zweck wurden BürgerInnenversammlungen (*asambleas de ciudadanos*, Art 70) und Kommunalräte (*Ley de consejos comunales* 2006) eingerichtet, um die Partizipationsmöglichkeiten auf kommunaler Ebene zu stärken, indem der Staat der lokalen Bevölkerung unter Einräumung finanzieller Mittel die Kompetenz einräumt lokale Konzepte zu entwickeln und durchzuführen.¹⁷ Um letztlich die Trennung von Staat und Gesellschaft zur Gänze zu überwinden, soll mit dem „alten“ Staatsmodell, basierend auf privater Kapitalakkumulation und quantitativem Wirtschaftswachstum, gebrochen werden.¹⁸ Die aus den kapitalistischen Klassenverhältnissen resultierenden Hindernisse, insbesondere die ungleiche Interessens- und Güterverteilung, sollen überwunden werden. Dies erfordert unter anderem die Zerschlagung eines bürokratischen Apparats, der, einer ideologischen Superstruktur gleich, zur Perpetuierung dieser ungleichen (und ungerechten) Verteilung beiträgt, womit bereits ein wesentliches Ziel der *Misiones* angesprochen ist.

2. Praktische Analyse

2.1. Ein Beispiel – die Misión Barrio Adentro

Die *Misión Barrio Adentro* (etwa „Hinein ins Armenviertel“) betrifft die umfassende Gesundheitsversorgung. Sie soll jenen eine kostenfreie medizinische Versorgung sichern, die bisher davon ausgeschlossen waren (insbesondere aus finanziellen Gründen) wobei die InitiatorInnen von kubanischen Ärzteteams unterstützt werden.

Die zunächst lokal auf das Elendsviertel von Caracas beschränkte Initiative wurde bereits nach wenigen Monaten auf weitere Gebiete ausgeweitet. Konkrete Ziele waren die Einrichtung zahlreicher Gesundheitszentren innerhalb der Elendsviertel. Die Unterstützung durch ärztliches Personal aus Kuba mittels eines Kooperationsabkommens war notwendig, da sich die venezolanische Ärzteschaft weigerte, in den Elendsvierteln zu arbeiten. Im Gegenzug erhielt Kuba günstige Erdöllieferungen aus Venezuela. Es handelt sich um eine jener *Misiones* mit der größten demographischen und regionalen Reichweite. So profitierten Zahlen der Regierung zufolge im Jahr 2004 rund 30% der Bevölkerung (entspricht 7,2 Millionen EinwohnerInnen) davon. In den nachfolgenden Phasen wurden jeweils weitere Teilprogramme erlassen, so etwa eine Genossenschaft zur Produktion und Vertreibung

16 *Criado de Diego*, aaO, 125.

17 In regelmäßigen Bürgerversammlungen werden Beschlüsse gefasst. Innerhalb thematisch gesplitteter Arbeitsgruppen werden Konzepte entwickelt, denen jeweils ein Sprecher/eine Sprecherin vorsteht. Inzwischen wurden mehr als 30.000 solcher kommunalen Räte eingerichtet.

18 *Kuppe*, aaO, 195.

von Medikamenten. Schließlich umfasst der Aufgabenbereich auch die Modernisierung der öffentlichen Spitäler sowie die Einrichtung verschiedener Spezialkliniken. Hinsichtlich der Akteure innerhalb der Mision sind insbesondere zwei Organe zu nennen: die BürgerInnenvereinigung (*Asociación Civil*), die für die Verteilung der finanziellen Mittel zuständig ist und die Präsidentenkommission (*Comisión Presidencial*)¹⁹, die für die Implementierung und Koordinierung des Programms zuständig ist. Die Finanzierung wird im Wege präsidialer Dekrete jeweils außerordentlich erlassen und speist sich zu weiten Teilen aus Einnahmen der PDVSA.²⁰ Die Besonderheit der Misión im Unterschied zur öffentlichen Gesundheitsversorgung ist daher einerseits die Einbindung der Zivilgesellschaft in den jeweiligen Gebieten, um die bestmögliche Versorgung sicherzustellen und die konkreten Bedürfnisse abzuklären und andererseits die Politikmachung für bisher ausgeschlossene Zielgruppen.

2.2. Entwicklung der Misiones

In der lateinamerikanischen Politik- und Sozialwissenschaft werden im Wesentlichen zwei Phasen innerhalb der Entwicklung der *Misiones* unterschieden.

In ihrer Anfangsphase sind die *Misiones* als Sozialprogramme zur Armutsbekämpfung zunächst Antwort auf eine sozial und politisch äußerst angespannte und kritische Phase in den Jahren zwischen 2000 und 2003 (Notfallmaßnahmen).²¹ 2003 wurden unter anderem die *Misión Barrio Adentro* (Gesundheitsversorgung); die Bildungsprogramme *Robinson I* (Bekämpfung des Analphabetismus), *Robinson II* (Ermöglichung eines Grundschulabschlusses), *Ribas* (Weiterbildungsprogramme) und *Sucre* (Universitätszugang) erlassen. Die zweite Phase der *Misiones* wird mit dem von der Opposition geforderten Referendum 2004 eingeleitet. Das erfolgreiche Ergebnis, das die Regierung davon trug, wurzelt insbesondere in der breiten Unterstützung der ärmeren Schichten der Bevölkerung, die die Zielgruppe der *Misiones* darstellen. So gelang es etwa mit Hilfe der Bildungsprogramme (*Robinson*, *Ribas*, *Sucre*) die Analphabetenrate drastisch zu senken. Weitere Programme sicherten kostenlose Lebensmittel (*Mercal*) und medizinische Versorgung (*Barrio Adentro*) und damit die Unterstützung der ärmeren Schichten der Bevölkerung für die Transformationsprogramme der Regierung *Chávez*. Diese zweite Phase ist daher von einer Intensivierung und Vertiefung der Sozialprogramme gekennzeichnet. Zum einen erweitert sich das Repertoire der *Misiones* und zum anderen wird aus verschiedenen Dokumenten deutlich, dass die *Misiones* über ad hoc Notfallmaßnahmen²² hinaus (erste Phase) für die „Bolivarische Revolution“ nutzbar gemacht werden sollen. Es wurden die bereits

19 Diese setzte sich aus den verschiedenen Fachministern, dem Präsident der PDVSA, dem Präsident der Bürgervereinigung und den Gewerkschaften zusammen (Art 2 Decreto N° 2.745 v 14.12.2003).

20 insb *Patruyo*, aaO, 34 ff.

21 *Otalvaro*, Una nueva estrategia de política social en América Latina como alternativa al neoliberalismo: el caso de las *Misiones* bolivarianas en Venezuela, analisis politico 2009, 132.

22 *D'Elia/Cabezas*, aaO, 3.

erlassenen *Misiones* in weiteren Teilprogrammen weitergeführt (so etwa *Barrio Adentro* und *Robinson*). Außerdem kamen Sozialprogramme wie *Alimentación* (Versorgung mit Grundnahrungsmitteln), *Árbol* (Wiederaufforstung), *Cultura* (Kulturförderungen), *Guaicaipuro* (Anerkennung indigener Identitäten) etc hinzu.

Sie werden als Teil einer sozialpolitischen Kehrtwende formuliert: weg vom staatlichen Paternalismus hin zu einer partizipativen Sozialpolitik, also unter Beteiligung der Zivilgesellschaft an der Implementierung und Formulierung der *Misiones*. Die Sozialprogramme entwickeln sich zu einer Parallelstruktur neben der staatlichen Verwaltung.²³ Damit ging über die erste Phase hinaus der Versuch einher, die bisherigen hegemonialen Strukturen zu brechen und eine Transformation voranzutreiben. Der Erfolg der *Misiones* schlägt sich nicht nur in Zahlen nieder (Senkung der Analphabetenrate, umfassende Gesundheitsversorgung etc) sondern besteht insbesondere auch darin, der kulturellen Stigmatisierung und sozialen Ausgrenzung der armen Bevölkerungsschichten ein Ende zu setzen.²⁴ Diese Entwicklungen werden nicht kritiklos beäugt, zumal diese Emanzipation von oben gesteuert wird und damit neue Formen des Klientelismus erzeugt.

2.3. Normative Grundlagen

In der ersten Phase finden die *Misiones* weder in Gesetzen, noch in der Verfassung ihren Niederschlag. Sie werden jeweils per präsidialem Dekret erlassen und ein sich aus Teilen der zuständigen Ministerien (*Comisión Presidencial*) und Teilen der Zivilgesellschaft aus den betroffenen Gebieten zusammengesetztes Komitee (*Asociación Civil*) erarbeitet die konkrete Ausgestaltung und Arbeitsweise der jeweiligen Programme.

In der zweiten Phase (ab 2004) wurde der Versuch unternommen, den *Misiones* eine normative Grundlage zu geben. So finden diese im Vorschlag zur Verfassungsreform 2007²⁵ explizit Erwähnung. Art 141 des Entwurfs unterscheidet hinsichtlich der Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung zwischen der bürokratischen/traditionellen Verwaltung einerseits und den *Misiones* andererseits.²⁶ Letztere sollen auf die dringendsten Bedürfnisse der Bevölkerung reagieren. Eine Präzisierung, welche Bedürfnisse hierbei genau angesprochen sind, findet sich nicht im Dokument. Allerdings lässt die Bandbreite der davor und danach erlassenen *Misiones* den Schluss dazu, dass hierbei zum einen jene Grund-

23 D'Elia/Cabezas, aaO, 14.

24 *Wagenknecht*, Widersprüchlich, aber erfolgreich – Zehn Jahre boliviarische Revolution, Disput Jänner 2009, http://www.sahra-wagenknecht.de/de/article/471.widerspruechlich_aber_erfolgreich_zehn_jahre_bolivarische_revolution.html (3.9.2010).

25 Das Referendum zum Verfassungsentwurf wurde abgelehnt.

26 Art 141: *Las administraciones públicas son las estructuras organizativas destinadas a servir de instrumento a los poderes públicos, para el ejercicio de sus funciones, y para la prestación de los servicios. Las categorías de administraciones públicas son: las administraciones públicas burocráticas o tradicionales, que son las que atienden a las estructuras previstas y reguladas en esta constitución y las leyes; y "las Misiones", constituidas por organizaciones de variada naturaleza, creadas para atender a la satisfacción de las más sentidas y urgentes necesidades de la población, cuya prestación exige de la aplicación de sistemas excepcionales, e incluso, experimentales, los cuales serán establecidos por el Poder Ejecutivo mediante reglamentos organizativos y funcionales.*

bedürfnisse gemeint sind, die insbesondere die ärmeren Teile der Bevölkerung betreffen (Nahrung, medizinische Versorgung, Ausbildung, sozialer Wohnbau); zum anderen aber auch die Gesamtgesellschaft vereinende Bereiche, wie die Vertiefung einer gemeinsamen nationalen Identität (unter Betonung der kulturellen und ethnischen Vielfalt), die Ausweitung des Umweltschutzes etc.

Aus der vorgeschlagenen Fassung des Art 141 geht überdies hervor, dass ein Bruch mit bis dato normierten Strukturen und Prinzipien der öffentlichen Verwaltung angestrebt ist und der bürokratischen öffentlichen Verwaltung eine zweite Verwaltungsschiene gegenübergestellt bzw. zur Seite gestellt werden soll. Eine Wortinterpretation ergibt also, dass eine gleichberechtigte Gegenüberstellung und kein hierarchisches Verhältnis beabsichtigt ist. Wie diese Parallelität aber konkret ausgestaltet werden soll, wird nicht erwähnt. Das Dokument dient daher in der politik- und sozialwissenschaftlichen Literatur²⁷ lediglich als Grundlage, die *Misiones* mit dem Programm der „Bolivarischen Revolution“ in Bezug zu setzen und deren intendiertes Transformationspotential abzuleiten. Die konkrete Ausgestaltung und Arbeitsweise lässt sich der realpolitischen Bedeutung der Sozialprogramme entnehmen.

2.4. Transformationsthese

Die neue venezolanische Verfassung zielt in weiten Bereichen auf einen Paradigmenwechsel ab und lässt in einer Gesamtschau das Urteil zu, dass sie insgesamt ein neues Staatsverständnis im Sinn hat – genauer – ein neues Verhältnis von Staat und Gesellschaft. Sie versteht sich als ein (mit)gestaltbares Dokument, das mit einer „Bolivarischen Revolution“ Hand in Hand gehen und im Endergebnis die Transformation vom bürokratischen Staat zum revolutionären Staat ermöglichen soll.²⁸

Wegen der grossen sozialen Unterschiede und der Verarmung grosser Teile der Bevölkerung war das bisherige soziale System von Protektionismus und Klientelismus gekennzeichnet.²⁹ Traditionellen Bastionen der öffentlichen staatlichen (bürokratischen) Verwaltung soll in Form der *Misiones* ein unbürokratisches Parallelsystem (auch *by pass* genannt) zur Seite gestellt werden, mit dem Ziel die staatliche Verwaltung in ihrer Gesamtheit zu transformieren.³⁰

Dies lässt sich etwa auch im Fall der *Misión Barrio Adentro* beobachten. So sollte zunächst das Ambulanznetz transformiert werden, um eine umfassende Abdeckung der Bevölkerung durch die Einrichtung lokaler Gesundheitszentren zu garantieren. Als weitere Teilziele formuliert wurden, wie etwa der Umbau und die Erweiterung der öffentlichen Spitäler, unter anderem durch die Einführung verschiedener Spezialkliniken, etablierte sich zuneh-

27 Otálvaro, aaO, 139; Patruyo, aaO, 5 f.

28 D'Elial/Cabezas, aaO, 5.

29 Gómez Sánchez, aaO, 19.

30 Lander, El Estado y las tensiones de la participación popular en Venezuela, OSAL 2007, 71 ff.

mend eine Nebenstruktur zum öffentlichen Gesundheitssystem. Verschiedentlich ergaben sich Schwierigkeiten, etwa aufgrund der prekären Sicherheitslage in den Elendsvierteln und den damit verbundenen erschwerten Arbeitsbedingungen für die ÄrztInnen. Undurchsichtige Geldflüsse brachten Teile der Organisation wegen des Verdachts auf Korruption in Verruf. Die von der Kommission formulierten Teilziele wurden nie gänzlich erreicht. Dies mag auch daran liegen, dass keine eigene Instanz geschaffen wurde, um die formulierten Teilziele zu evaluieren oder zu überprüfen.³¹

3. Conclusio und Ausblick

Die *Misiones* sind Teil eines Diskurses um einen neuen Konstitutionalismus in Venezuela. Sie gehören zu einem Gesamtkonzept, das auf ein neues Staatsverständnis und eine neue Definition von (Zivil)gesellschaft abzielt und stellen den Versuch dar, das traditionelle Verhältnis von Staat und Gesellschaft zu transformieren. In der politik- und sozialwissenschaftlichen Literatur wird aber darauf hingewiesen, dass das Transformationspotential der *Misiones* noch nicht ausreicht, einen wirklichen Bruch mit dem „bürokratischen“ Staat herbeizuführen. Vielmehr würde neben dem traditionellen Modell ein zweites im Wege von Parallelstrukturen implementiert, das innerhalb der alten Strukturen arbeitet und diese daher durch deren Erhaltung bis zu einem gewissen Grad auch perpetuiert.³² Die Transformation scheitert gewissermaßen am Versuch, eine revolutionäre Entwicklung im Schoße alter Strukturen herbeiführen zu wollen.³³

Die Unterstützung von Seiten der Bevölkerung ist groß,³⁴ insbesondere unter jenen Teilen der Bevölkerung, die bisher von weiten Bereichen der Versorgung ausgeschlossen waren. Genau diese Bevölkerungsgruppen sollen auch von den Sozialprogrammen profitieren. Da die *Misiones* bisweilen jeglicher normativer Grundlage entbehren, können sie im vorliegenden Schwerpunkt als außerrechtliche Dekolonisierungsinstrumente bezeichnet werden. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, ob die angestrebte Gesamttransformation gelingt. Gewiss ist jedenfalls, dass Venezuela, so wie auch andere Länder Lateinamerikas, in diesem Prozess nach eigenen Lösungsansätzen strebt.

Mag.^a Ilse Koza ist Assistentin an der Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und IPR der Universität Wien, arbeitet an einem Forschungsprojekt zum vergleichenden Familienrecht in Lateinamerika und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; ilse.koza@univie.ac.at

31 *Chacín*, *Gestión social, pobreza y exclusión en Venezuela a la luz de las Misiones sociales. Balance y perspectivas* (2003-2004), *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura* 2004, 41.

32 *Schmalz*, links-netz September 2009, 5.

33 *Chacín*, aaO, 47.

34 *D'Elia/Lacruz/Maingón*, *informe social* 2004, 2.

Recht als Herrschaftsinstrument: Von „La Pepa“ (1812) zur Strategischen Partnerschaft EU-Lateinamerika-Karibik (2009)

Gernot Stimmer

Vorbemerkung

Im Sinne des Schwerpunktthemas untersucht der Beitrag die Rolle des Rechts im Verhältnis zwischen Europa und Lateinamerika in den letzten zwei Jahrhunderten entlang zweier exemplarischer Fälle von Herrschaftserhaltung bzw. -ausdehnung mittels staatlicher bzw. supranationaler Rechtssetzung:

- I. Die Verfassung von Cádiz 1812 (La Pepa) als Versuch, das spanische Imperium auf der Grundlage eines transnationalen monarchischen Verfassungsstaates zu erhalten
- II. Die Übertragung sektoralen supranational/zwischenstaatlichen Rechts der EG/EU auf die subregionalen Integrationsformen Lateinamerikas und der Karibik, basierend auf einer „strategischen Partnerschaft“ einer transnationalen Wertegemeinschaft zwischen der EU und der Gesamtheit der lateinamerikanisch-karibischen Staaten.

1. „La Pepa“ Die Verfassung von Cádiz 1812. Volkssouveränität und Katholizismus

1.1. Historischer Hintergrund¹

Im Zuge der Besetzung Spaniens durch Napoleons Truppen 1808/09 geriet das erstarrte politische System der absolutistischen spanischen Monarchie in existentielle Bedrängnis. Während sich die königliche Zentralmacht rasch auflöste, bildeten sich im selben Zeitraum eine Vielzahl lokaler *Juntas* und regionaler Widerstandszentren, die sich 1809 zur *Junta Central Suprema Gubernativa* zusammenschlossen. Diese Widerstandsbewegungen veranlassten König Ferdinand VII zur Einberufung der *Cortes Generales y Extraordinarias* (Generelle und Außerordentliche Stände) unter Einbeziehung der Kolonien, die bereits im Jänner 1809 per Dekret zu integralen Bestandteilen der spanischen Monarchie erklärt wurden. Mit der Einberufung des Parlaments zu Beginn des Jahres 1810 und ihrer

¹ José Luis Comellas, *Historia de la España moderna y contemporánea*, Madrid 1971, 275-280; weiters Manuel Chust, *La cuestión nacional en las Cortes de Cádiz*, Valencia 1999, 29-38.

Eröffnung im September in San Fernando bzw. später in Cádiz begann der Aushandlungsprozess zwischen den daran beteiligten Gruppen, der schließlich zur Verabschiedung einer Verfassung für die Gesamtmonarchie führen sollte.

1.2. Idee und Realität einer transnationalen Verfassung

Die militärischen Niederlagen und die allgemeine politische Polarisierung in Spanien machten die materielle und personelle Unterstützung der Zentralregierung durch die Kolonien sowie ihre Einbeziehung in das einberufene Parlament zur Überlebensfrage. Die Voraussetzungen dazu schuf die Zentralregierung durch die Aufnahme von Vertretern der 4 Vizekönigtümer und 6 *Capitanías* (Hauptmannschaften) Lateinamerikas und ihre Gleichstellung mit den spanischen Provinzen im zu wählenden Parlament.

Andererseits schuf dieser Versuch der transnationalen politischen Partizipation, durch die Unzufriedenheit wegen der Ungleichheit der zugestandenen Beteiligung bereits den Ansatz für eine letztlich in der Unabhängigkeit der lateinamerikanischen Kolonien mündende Entwicklung.²

Zur Behebung des Problems der Unterrepräsentation Lateinamerikas griff die *Junta* bzw. später die Regentschaft, bedingt durch die langen Anreisezeiten, auf das Instrument der Stellvertreter zurück, indem aus einer in den jeweiligen Entsendeländern geborenen aber seit längerem in Spanien lebenden Personengruppe ersatzweise Vertreter delegiert wurden.

Die Zahl dieser nur formell die Interessen ihres jeweiligen regionalen Elektors vertretenden Stellvertreter war während beider Legislaturperioden (1810-1813 /1813-1814) der Gerichte überproportional (43% bzw. 55%).

Auch im Gesamten blieb die Unterrepräsentation der tatsächlichen Interessen Lateinamerikas ein kontinuierliches Faktum, beginnend mit der Vertretung in der die Wahlen vorbereitenden Zentralregierung (9 vs 36 Repräsentanten der Provinzen Spaniens) bis zur zwischen 34% (bei der Verabschiedung der Verfassung) und 28% (bei der Auflösung des Parlaments 1814) schwankenden Präsenz der lateinamerikanischen Abgeordneten.³

Diese minoritäre Stellung führte sehr rasch zu einer Blockbildung der Vertreter Lateinamerikas im Parlament und provozierte erste Unabhängigkeitsbewegungen in den lateinamerikanischen Ländern, wie etwa den legendären Aufstand von Buenos Aires vom 8. Mai 1810.

Neben diesem Konflikt zwischen dem Mutterland und seinen ehemaligen Kolonien setzten sich im Parlament von Anfang an die geistig-ideologischen Gegensätze zwischen Konservativen und Liberalen fort, die bereits die Zentralregierung polarisierten und schließlich im Jänner 1810 deren Auflösung und Ersetzung durch eine Regentschaft bewirkten.⁴

2 Chust, La cuestión nacional a.a.O., 32-37.

3 Chust a.a.O., 43-48.

4 Chust, La cuestión nacional a.a.O., 33-38.

Während die (in Gemäßigte und Radikale gespaltenen) Liberalen sich am Modell der auf der Volkssouveränität basierenden Verfassungen der USA bzw. Frankreichs orientierten und daher für ein durch Wahlen legitimiertes Ein-Kammersystem eintraten, bestanden die Konservativen weiterhin auf der Legitimität des Gottesgnadentums des Herrschers und traten für die traditionellen Stände ein. Die fundamentalen Gegensätze setzten sich auch in den für die Einberufung des Parlaments verantwortlichen Exekutivorganen – Zentralregierung, Regentschaft und Staatsrat – fort, deren Positionen zwischen katholischem Naturrecht (ständische Repräsentation) und Rousseaus *volonté générale* (direkte Wahl der Abgeordneten in den Munizipien) oszillierten. Als Kompromiss wurde schließlich die Einberufung des nicht ständisch gegliederten Parlaments dekretiert, deren indirekt gewählte Abgeordnete durch die Nominierung von Stellvertretern für Lateinamerika ergänzt wurde.⁵

Diese Widersprüchlichkeit zwischen *Ancien Regime* und demokratischer Repräsentation fand auch im Rahmen der Eröffnung des Parlaments ihren Ausdruck. So wurden die 104 bei der Angelobung des Parlaments anwesenden Abgeordneten (davon 29 Vertreter Lateinamerikas) am 24. September 1810 auf das Evangelium vereidigt, folgende Verpflichtungen zu erfüllen: 1. Treue zur „Heiligen Apostolischen Römischen Religion“, 2. Wahrung der Integrität der spanischen Nation, 3. Erhaltung der Herrschaft König Ferdinands VII und 4. Mandatausübung zum „Wohle der Nation“.

1.3. Parlamentssouveränität vs Gottesgnadentum

Trotz der Ambivalenz zwischen rationaler (Nation) und religiöser (katholisches Königtum) Legitimation sowie utilitaristischer Pragmatik (Gemeinwohl) dominierte von Beginn der Tagungen des transnationalen Parlaments an die ideologisch geschlossene Gruppe der Liberalen, indem sie die wesentlichen Grundsätze eines parlamentarischen politischen Systems im Rahmen der zu erarbeitenden Verfassung durchsetzte:⁶

- Nationale Souveränität in Gestalt der Cortes
- Anerkennung des Königs Ferdinand VII bei gleichzeitiger Annullierung der früheren Übertragung der Krone an Napoleon
- Parlamentarische Verantwortlichkeit der als Exekutive fungierenden Regentschaft in Form eines Treueides auf das Parlament (was vom Vertreter der katholischen Hierarchie verweigert wurde)
- Einführung der klassischen Drei-Gewaltentrennung (allerdings mit Vetorecht des Königs gegen Gesetzesvorlagen)
- Unverletzlichkeit der Abgeordneten, allerdings bei Fortbestand der Inquisition (die erst in der zweiten Legislaturperiode 1813-1814 abgeschafft wurde)
- Verankerung liberaler Grundrechte

5 Chust a.a.O., 38-41.

6 Comellas, Historia, a.a.O., 277-280; Chust, La cuestión nacional a.a.O., 48-50.

Zum anderen tritt bereits mit Deutlichkeit das Problem der Gleichrangigkeit der früheren Kolonien auf, angefacht durch die Frage der Veröffentlichung (und damit Geltung) der beschlossenen Gesetze und Dekrete nicht nur im Mutterland, sondern auch in den anderen Teilen der Gesamtmonarchie.

Die „amerikanische Frage“ beherrschte somit schon vor dem Eintreffen des Großteils der in Lateinamerika gewählten Abgeordneten die politische Diskussion und führte zur Verabschiedung eines Dekrets, in dem in feierlicher Form die Existenz „einer Monarchie“ und „einer Nation“, sowie die daraus abgeleitete Gleichheit aller ihrer Teile proklamiert und zugleich eine Generalamnestie für alle Aufstandsbewegungen in Lateinamerika versprochen wurde, sofern diese die legitime Autorität der „Madre Patria“ (Mutterland) anerkannten. Konkrete Forderungen nach Handelsfreiheit und Gleichheit der Repräsentation hingegen wurden nicht erfüllt; ein weiteres Faktum, das die endgültige Abspaltung der meisten Kolonien in Lateinamerika erklärt.⁷

Ein weiteres grundsätzliches Problem ergab sich schließlich in der Frage der Grundrechte, mit denen die in den Kolonien weiterhin praktizierte Sklaverei und die fortbestehenden „*Encomiendas*“ (Arbeits- und Abgabepflichten der Indios auf Großgrundbesitzümern) in Konflikt gerieten.⁸

1.4. Staatsnation vs Reichsverfassung

Die über die Liberalen vorprogrammierte verfassunggebende Funktion des Parlaments führte innerhalb von zwei Jahren zur Verabschiedung einer modernen Verfassung nach dem Modell der vier konstitutionellen Vorreiterländer: Niederlande (1572), England (1689), USA (1776) und Frankreich (1789) (alle zum Zeitpunkt ihrer Konstitutionalisierung ohne ein koloniales Imperium).

Die Ausrichtung auf eine jeweils durch eine bürgerliche Revolution geformte homogene Staatsnation stand indes im scharfen Gegensatz zur Idee einer transnationalen Reichsverfassung einer iberoamerikanischen Monarchie und bewirkte in Folge das Scheitern der Verfassung von Cádiz. Diese wurde zwar mit Mehrheit beschlossen und am Festtag des Heiligen Joseph promulgiert (daher auch ihr populärer Name la „Pepa“); sie entspricht jedoch in ihrer zentralistischen Grundkonzeption der Verfassungsidee einer Staatsnation und nicht einer transnationalen Föderation. Dies zeigt sich deutlich in den im Zuge der vorgesehenen Autonomierechte für die früheren Kolonien diskutierten staatsrechtlichen Alternativen, die von einer Trennung zwischen spanischem Nationalstaat und plurinationaler Gesamtmonarchie bis zur Ersetzung der „Spanischen Nation“ durch das Konstrukt „*Las Españas*“ reichte.⁹

Der Verfassungsgebungsprozess von Cádiz stellte somit einen singulären Versuch dar, ein

7 Chust a.a.O., 50-53.

8 Chust a.a.O., 79-114.

9 Chust, *La cuestión nacional* a.a.O., 63,184.

zerfallendes Kolonialreich auf der Grundlage einer transnationalen konstitutionellen Monarchie im Zeitalter der Nationalstaaten zu erhalten. Die Legitimität dieser Konstruktion leitete sich aus zwei gegensätzlichen Grundideen politischer Herrschaft ab, zum einen der Volkssouveränität, repräsentiert durch das Parlament (allerdings ohne einen transnationalen Demos), zum anderen aus der übernationalen Legitimität des katholischen Königtums. Dieses vormoderne Verfassungsverständnis scheiterte gegenüber der Wirkkraft des modernen Nationalstaates, der sich in Spanien wie in Lateinamerika durchsetzte.

1.5. Das Erbe der „Pepa“

Nach 1814 nahm die konstitutionelle Entwicklung in Spanien und den lateinamerikanischen Ländern einen unterschiedlichen Verlauf.¹⁰

In Spanien erfolgte durch König Ferdinand VII eine radikal restaurative Kehrtwendung, indem er im Mai 1814 die Verfassung aufhob und durch zwei Militärexpeditionen 1815 und 1820 die lateinamerikanischen Länder gewaltsam wieder unter seine Herrschaft zu bringen versuchte. Erst unter dem Druck der Revolution des Jahres 1820, verbunden mit der Rebellion der spanischen Expeditionsarmee in Argentinien zu Gunsten der Verfassung und der Unabhängigkeit der lateinamerikanischen Kolonien, wurde der König gezwungen, die Verfassung von 1812 anzuerkennen und damit eine dreijährige konstitutionelle Regierungsphase einzuleiten. In der Phase der parlamentarischen Herrschaft der Liberalen (1820-1823) setzten diese einen letzten erfolglosen Versuch, die bereits unabhängigen lateinamerikanischen Länder (abgesehen von Kuba und Puerto Rico) unter Berufung auf die nunmehr wieder bestehende konstitutionelle Wertegemeinschaft an das Mutterland zu binden.

Die nach Lateinamerika zurückgekehrten Abgeordneten übertrugen hingegen die Grundideen der von ihnen erarbeiteten Verfassung von 1812 auf den einsetzenden Konstitutionsprozess ihrer Länder und wurden zu Protagonisten der sich etablierenden unabhängigen Präsidialdemokratien.

Ein letzter Rest dieser von Spaniens Eliten weiterhin verteidigten geistig-kulturellen Gemeinsamkeit könnte in der Institution der 1992 etablierten Iberoamerikanischen Gipfeltreffen gesehen werden, bei denen sich jährlich die RegierungsvertreterInnen Spaniens, Portugals und Andorras sowie von derzeit 22 ehemals iberischen Kolonien Lateinamerikas (von Kuba und Brasilien bis zu den Philippinen) unter der symbolischen Leitung des spanischen Königs versammeln, um gemeinsame Angelegenheiten zu besprechen.¹¹

10 Comellas, Historia a.a.O., 280-288, 302-303.

11 VII Cumbre Iberoamericana de jefes del Estado y de Gobierno <http://www.cumbre.ve/pg6.htm> (12.3.2001). Cumbre Iberoamericana, Abruf: http://es.wikipedia.org/wiki/Cumbre_iberoamericana (7.7.2010).

2. Die Integrationspolitik der EG/EU in Lateinamerika.

Supranationales Wirtschaftsrecht und Demokratieklausel

Im Rahmen der Außenhandels-, Kooperations- und Entwicklungspolitik der EG bzw. ab 1992 der Außen- und Sicherheitspolitik der EU vollzieht sich eine partielle Integration der lateinamerikanischen Staaten in das europäische Rechtssystem. Dieses umfasst neben dem supranationalen Wirtschaftsrecht der EG, auch die (ebenfalls als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts geltenden) intergouvernementalen Abkommen des GATT bzw. ab 1995 der WTO¹². Die wirtschaftsrechtliche Expansion wird von einem „Werteexport“ begleitet, indem einerseits das eigene supranationale Integrationsmuster auf die entstehenden subregionalen Staatenvereinigungen übertragen wird, andererseits Wirtschaftsverträge mit den Maximen der „externen Demokratieförderung“ bzw. eines „Good Governance“ Verhaltenskodex konditioniert werden. Beide Prozesse vollziehen sich zwar im strategischen Verbund, jedoch mit regionalspezifisch unterschiedlicher Gewichtung, wie die nachfolgende Gegenüberstellung illustriert.

2.1. Mittelamerika und Karibik

2.1.1. Die Karibik – das postkoloniale Erbe

Die ehemaligen Inselkolonien der Gründungsstaaten der EWG kamen bereits bei ihrer Konstituierung als überseeische Departments oder „überseeische Länder und Hoheitsgebiete“ ihrer Mutterstaaten in den direkten Einzugsbereich der EWG/EG in Gestalt der 1963 begründeten „Jaunde- bzw. später Lomé- Abkommen“ mit den AKP (Afrika, Karibik, Pazifik)-Staaten, zu denen ab 1973 auch die überseeischen Hoheitsgebiete Großbritanniens zählten.¹³

Das 1992 konstituierte Caribbean Forum (CARIFORUM) bildete den institutionellen Rahmen für die Koordinierung der entwicklungspolitischen Beziehungen der EG/EU zu den (ab 2002) 15 CARICOM-Mitgliedern auf der Grundlage des allgemeinen AKP-Systems (in das 2000 auch Kuba aufgenommen wurde).¹⁴

Eine einschneidende Zäsur vollzog sich im Zuge der im Jahr 2000 erfolgten Umwandlung des AKP-Status zu (WTO-konformen) regionalen „Economic Partnership Agreements“ (EPA). Das neue Wirtschaftspartnerschaftsabkommen beansprucht zwar, Umweltpolitik, Investitionsförderung, regionale Integration, Armutsbekämpfung und andere Ziele

12 Ernst Ulrich Petersmann, Grundfragen der Beteiligung der Europäischen Gemeinschaft an der Welthandelsorganisation, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Die Europäische Gemeinschaft in der Welthandelsorganisation, Baden-Baden 1999/2000, 81-88, hier insb. 82.

13 Zur genaueren Entwicklung vgl. Wolfgang Dietrich, Periphere Integration und Frieden im Weltsystem. Ostafrika, Zentralamerika und Südostasien im Vergleich, Wien 1998, 199-255 hier 237-243.

14 Vgl. dazu Nuschin Ghahremani, The EU-CARIFORUM EPA: Pursuit of Neo Mercantilism Goals under the Cloak of Development Cooperation? Diplomarbeit phil., Wien 2008, hier insb. 60-67.

umfassend zu verbinden. Durch die „partnerschaftliche“ Gleichstellung zollbegünstigter Exporte der CARIFORUM-Staaten in die EU mit Importen aus der EU ist jedoch sowohl eine Verschlechterung des früheren AKP-Status, als auch des eigenen subregionalen Integrationsfortschritts innerhalb von CARIFORUM feststellbar, womit der neue Euro-Merkantilismus der EU speziell gegenüber kleineren Partnerländern unterstrichen wird.¹⁵

2.1.2. Zentralamerika

Lange vor der Entwicklung ihres zivil-militärischen Krisenmanagements trat die EG in Zentralamerika gezielt als Vermittlerin in den zwischen 1979 und 1986 tobenden Bürgerkriegen in San Salvador, Guatemala, Nicaragua und Honduras auf, um unter Einbeziehung auch von Costa Rica und Panama eine dauerhafte Konsolidierung im Rahmen des seit 1984 laufenden „San José Dialogs“ zu erreichen.¹⁶ Dieser sicherheitspolitische Aspekt erfuhr in den späteren Jahren eine Zuspitzung durch die zunehmende strategische Bedeutung Zentralamerikas im Zusammenhang mit dem Problem des transkontinentalen Drogentransfers. In Abgrenzung zur „War on drugs“-Doktrin der USA entwickelte die EU eine eigene Strategie zur Bekämpfung des Drogenhandels und der internationalen Kriminalität für diesen Raum.

Als Instrument dieser Strategie fungiert das Allgemeine Präferenzsystem (APS), wonach Industriestaaten bestimmten Entwicklungsländern besondere Zollpräferenzen einräumen können. Die EG/EU verknüpfte mit diesen Zollpräferenzen die Bedingung der aktiven Bekämpfung der Drogen- und sonstigen internationalen Kriminalität. Auf dieser Basis wurden ab 1999 „APS-Drogen“ bzw. „APS plus“-Verträge mit allen Staaten Zentralamerikas und der Andenregion abgeschlossen.¹⁷ Als gemeinsames Verhandlungsforum der fünf zentralamerikanischen Staaten (erweitert um Panama und Belize und die Dominikanische Republik) fungierte das 1991 gegründete „*Sistema de la Integración de Centro America*“ (SICA). Die EG/EU verband mit ihrer Unterstützung der formell supranationalen Strukturen der SICA [Parlament, Gerichtshof, zentrales Sekretariat für wirtschaftliche Integration (SIECA)] zu hochgesteckte ökonomische (Zollunion, Gemeinsame Währung) und politische (Politische Union mit gemeinsamer Bildungs- Migrations- und Sicherheitspolitik) Ziele. Auf dieser Basis entstanden die Rahmenkooperationsabkommen von 1985 und 1993 bzw. das an den Dialog von San José anknüpfende, 2003 abgeschlossene Abkommen (der vierten Generation) über politischen Dialog und vertiefte Zusammenarbeit.¹⁸

15 Gharemani The EU-CARIFORUM EPA a.a.O.73-92, Bericht der Industrie-und Handelskammer Hannover 13.12.2009,1-2.

16 Franz Kernic, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union, Frankfurt a.M. 2007, 121, weiters Andreas Melan, Die politischen wirtschaftlichen und entwicklungspolitischen Beziehungen der Europäischen Union mit Lateinamerika und der Karibik in: Franz Kernic (Red) Die Beziehungen der Europäischen Union zu Lateinamerika, LAVAK 1/2006, 10-15.

17 Vgl dazu Patrick Vohryzka, Das APS Plus im Wirkungszusammenhang der europäischen Drogenpolitik in Zentralamerika, Diplomarbeit phil., Wien 2009, 92-104, 116-117.

18 Vgl Eu Portal Eu-SICA.

Aus heutiger Sicht sind diese Erwartungen der EU weitgehend gescheitert bzw. mussten modifiziert werden: Die SICA blieb ein rein intergouvernemental entscheidendes Konstrukt. Der wirtschaftlichen und demokratiepolitischen Konsolidierung der nur formal funktionierenden Präsidialdemokratien steht die zunehmende Verelendung breiter Bevölkerungsgruppen (Ende 2009 Ausnahmezustand wegen Hungersnot in Guatemala) bzw. der im Sommer 2009 erfolgte Militärputsch in Honduras entgegen. Gerade an diesem Beispiel zeigte sich die Relativität der Demokratieklausele der EU, die zwar nach der Machtübernahme der Militärs die Assoziierungsverhandlungen abbrach, sie aber nach der (offensichtlich unkorrekten) Wahl eines neuen Präsidenten wieder aufnahm.¹⁹

2.2. Die Andenregion

Bereits mit der Gründung des "Andenpaktes" 1969 bzw. verstärkt mit der Umwandlung zur „Andinen Gemeinschaft der Nationen“ (CAN) 1997 entstand eine Integrationsform von vier Staaten (bis 1976 noch mit Chile), die sich in ihrer Struktur eng am Modell der supranationalen EG orientierte und von ihr daher besonders gefördert wurde.²⁰ Die Beziehungen zur EG/EU umfassten daher sowohl wirtschaftspolitische (Freihandelsabkommen) wie demokratie- und sicherheitspolitische Aspekte („Drogen-Dialog“, „APS-Plus“ Instrument).

Trotz ihres formell supranationalen Charakters konnte auch die CAN bis heute nicht die von der EG/EU in sie gesetzten Erwartungen auf eine supranationale Rechtsgemeinschaft erfüllen. Die geschaffenen supranationalen Organe (Andenparlament, Andengerichtshof) blieben weitgehend funktionslos, die angestrebte Zollunion wurde bislang nicht erreicht und dafür bilaterale Verhandlungen mit den Mitgliedsstaaten aufgenommen. Die damit eingeleitete faktische Teilung zwischen regional geführtem politischen Dialog und bilateralen Handelsabkommen bedeutet letztlich auch für den andinen Raum das Ende der Idee einer biregionalen Wirtschafts- und Wertegemeinschaft, verstärkt durch die Instabilität der nach dem Austritt Venezuelas verbleibenden drei Länder.²¹

2.3. Der MERCOSUR

Mit dem Zusammenschluss von Argentinien, Brasilien, Paraguay und Uruguay zum MERCOSUR (MS) auf der Basis des Vertrags von Asunción 1991 entstand eine betont wirtschaftsorientierte Integrationsform, die sehr rasch über Freihandelszone und Zollunion einen Binnenmarkt des Südens mit einheitlicher Währung anstrebte, ab 1994 auch als Völkerrechtssubjekt (mit gemeinsamen MS-Pass) auftrat und bereits 1995 mit der EU ein interregionales Rahmenabkommen über eine zukünftige Freihandelszone abschließen

19 Udo Diedrichs, Lateinamerikapolitik in Weidenfeld/Wessels, Jahrbuch der Europäischen Union, Bonn 2009, 262-263, weiters „lateinamerika anders“ Nr 1 und Nr 3 (35. Jg) März/Juni 2010, 14-15, 16.

20 Kernic, Außenbeziehungen a.a.O., 121-122.

21 Diedrichs, Lateinamerikapolitik in Jahrbuch a.a.O 2089., 273, Jahrbuch a.a.O., 2009, 261/263.

konnte.²²

Trotz ideeller und struktureller Affinitäten zur EU stellt der MS indes in keiner Weise eine supranationale Integrationsform dar, sondern weist eine strikt zwischenstaatliche Entscheidungsstruktur auf. Der Mercosur-Rat setzt sich aus den Außen- und WirtschaftsministerInnen sowie den sich halbjährlich treffenden Regierungschefs der 4 Länder zusammen.

Ansätze zu einer darüber hinausgehenden Konstituierung einer transnational-biregionalen Rechts- und Wertegemeinschaft waren gerade zu Beginn des Kooperationsprozesses sowohl seitens der EG/EU als auch des MS feststellbar. Exemplarisch dafür sei etwa auf die Erwartungen der EU verwiesen, dass mit dem MS der Nukleus eines zwar nicht supranationalen, aber doch spezifischen Integrationsprojektes „sui generis“ (analog zur EWG) geschaffen wurde, dessen Beziehungen zur EG/EU sich in Form einer auf gemeinsame Werte gestützten „interregionalen Assoziation“ gestalten könnten, deren inhaltliche Konkretisierung durch einen institutionalisierten Dialogmechanismus erfolgen sollte.²³

Wesentlich euphorischer (und realitätsfremder) wirkt dagegen die Konstruktion einer „iberoamerikanischen Identität“, wie sie etwa von Gregorio Redondo im Rahmen des CARI (*Centro Argentino de Relaciones Internacionales*) in Buenos Aires im Zuge der Entstehung des MS konzipiert wurde. Der MS stellt demnach den Ansatz einer Rekonstruktion eines historisch schon einmal bestandenen europäisch-iberoamerikanischen Großraums dar, erweitert um die ehemals lusitanische Hälfte des Subkontinents und die mittel- und osteuropäischen Mitglieder der erweiterten EG/EU. Als Grundlage dieser Identität sieht Redondo ein durch die kulturell- christliche Tradition beider Teilräume geschaffenes übernationales (dh die nationalstaatliche Identität nicht berührendes) geistiges Vaterland („*Patria del espíritu*“).²⁴ Diesem ideellen Anspruch steht indes die Praxis eines reinen „Interpräsidialismus“ innerhalb des MS bzw. der Realität der heterogenen Sonderinteressen der Mitglieder der EU (Agrarprotektionismus vs Industrieliberalisierung) gegenüber, die auch das bisherige Scheitern des Abschlusses eines umfassenden Freihandelsabkommens erklärt.

2.4. Die Beziehungen der EU zu Gesamtlateinamerika

Zur Koordinierung dieser vier subregionalen Integrationskonzeptionen sowie der Vielzahl bilateraler Abkommen mit den einzelnen Staaten strebt die EG/EU seit Längerem eine Institutionalisierung ihrer Beziehungen zum gesamten lateinamerikanischen Subkontinent auf verschiedenen Ebenen an.

Die 1988 aus der ehemaligen Contadora-Gruppe entstandene Rio-Gruppe stellte ein erstes permanentes Konsultations- und Koordinierungsforum dar, in dessen Rahmen die EG/EU seit

22 Kernic, Außenbeziehungen a.a.O., 123-125.

23 Ulrich Wehner, *Der Mercosur*, Baden-Baden 1999, 128-130, 237-240.

24 Vgl Gregorio Redondo, *Mercosur. Una historia comun para la Integración CARI B.A.*, Asuncion 2000.

1991 mit den 17 Ländern Lateinamerikas (Ausnahme Kuba) einschließlich der Vertretungen der karibischen und zentralamerikanischen Staaten in einem diplomatischen Dialog steht.²⁵ Mit dem Gipfel von Rio de Janeiro etablierten sich ab 1999 die EU-LAC-Gipfeltreffen (EU-Lateinamerika-Karibik), die alle zwei Jahre in Lateinamerika bzw. Europa derzeit 33 lateinamerikanisch-karibische Staaten und 27 EU-Mitgliedsländer auf der Ebene der Staats- und Regierungschefs bzw. Außenminister zusammenführen, um gesamtregionale und subregionale Kooperationsfortschritte teils im Plenum, teils in gesonderten Verhandlungsrunden mit den einzelnen Organisationen zu verhandeln.²⁶

Die 2007 aus der 2004 in Cuzco konstituierten „Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN)“ (der Mitgliedsländer der CAN bzw. des MERCOSUR einschließlich Guyana und Surinam) hervorgegangene UNASUR (Union südamerikanischer Nationen) stellt einerseits eine Konkurrenz zur Rio-Gruppe, andererseits eine neue Strategie dar, die Akteure CAN und MERCOSUR als Motor einer gesamtsüdamerikanischen Integrationsform zu vereinen.²⁷ Die Wirksamkeit der beiden ersten biregionalen Kooperationsformen war bislang gering. Die Konferenzen der Rio-Gruppe und der EU reichten über allgemeine Fragen wie Armutsbekämpfung, Good Governance und „New Economy“ nicht hinaus, die EU-LAC-Gipfel stagnierten von Guadalajara (2004) bis Madrid (2010) zur zwar medienwirksamen, aber inhaltslosen Rhetorik-Routine.

Institutionalisierte Beziehungen der EU zur UNASUR bestehen derzeit noch nicht. Er schwert werden diese auch durch die einen eigenen südamerikanischen Wertekodex reklamierende neue Integrationsform, wie etwa beim ersten gemeinsamen Gipfeltreffen mit der Rio-Gruppe im Jahr 2009 deutlich manifestiert wurde.²⁸

2.5. Die Utopie einer euro-lateinamerikanischen Rechts- und Wertegemeinschaft

Mit sämtlichen der kurz vorgestellten regionalen und subregionalen Integrationsformen und ihren jeweiligen Mitgliedsstaaten unterhält die EG/EU teils bereits seit Jahrzehnten institutionalisierte Beziehungen, um ihre zwei Hauptziele, nämlich erstens die sektorale wirtschaftsrechtliche Anpassung und zweitens die transnationale Wertevermittlung umzusetzen. Dabei setzte die EG/EU unterschiedliche Strategien ein: Auf der Ebene der subregionalen Staatenbündnisse verband sich das Interesse an der Implementierung supranationaler Wirtschafts- und Rechtsgemeinschaften (SICA, CAN, MERCOSUR) mit dem ökonomischen Kalkül biregionaler Freihandelsabkommen.

Das Scheitern dieser Strategie auf Grund des rein intergouvernementalen Grundmusters dieser Integrationsformen führte zu einer Aufwertung der Beziehungen zu den in den letzten Jahrzehnten entstandenen gesamtregionalen Vereinigungen (Rio-Gruppe, EU-LAC

25 Hoffmann, Die EU und Lateinamerika: a.a.O., in: Schubert, Müller-Brandeck-Bocquet, Die Europäische Union als Akteur a.a.O., 187-204 hier 193-194.

26 Udo Diedrichs, Lateinamerikapolitik, in: Weidenfeld/ Wessels, Jahrbuch 2000/2001 a.a.O., 262.

27 Gründungsvertrag der UNASUR www.cumindadandina.org/ingles/csn/treaty.htm (6.5.2010).

28 Diedrichs, Lateinamerikapolitik in Jahrbuch a.a.O. 2009, 262.

Gipfel), in deren Rahmen über demokratie- und sicherheitspolitische wie wirtschaftspolitische Ziele verhandelt wurde. Die Instrumente dazu bildeten:

1. die Institute des Politischen Dialogs bzw. der Strategischen Partnerschaft;
2. der Interparlamentarische Dialog zwischen dem Europäischen Parlament und den analogen parlamentarischen Vertretungen Lateinamerikas wie dem Lateinamerikanischen Parlament (Parlatino) bzw. der 2006 konstituierten „Eurolat Parlamentarische Versammlung“ und
3. die Assoziierungs- und Kooperationsverträge der dritten und vierten Generation, in denen alle für die Vertragspartner relevanten Agenden ihren juristischen Niederschlag finden.

Die zunehmende Unvereinbarkeit zwischen ökonomischen Interessen und normativen Ansprüchen der EG/EU bewirkte dabei eine taktische Umgewichtung: Während die normativen Ziele der EU auf der Ebene der gesamtregionalen und subregionalen Gipfelkonferenzen mit hohem Pathos deklariert und beschworen werden, vollzieht sich die Aushandlung und der Abschluss konkreter Wirtschafts- und Kooperationsverträge zunehmend auf der bilateralen Ebene zwischen EG und den Einzelstaaten Lateinamerikas. In diesen Verträgen der dritten und vierten Generation werden gezielt die Interessen der EG/EU wahrende Rechtsinstrumente eingesetzt, wie die neue Vertragsformel der EPA (gegen die AKP-Staaten), das Instrument des „APS-plus“ (Zentralamerika) sowie generell die Suspensions- und Konditionalitätsklausel.

Endziel dieser Bemühungen sollte eine von der Europäischen Kommission bereits seit 2005 erarbeitete neue „Strategische Partnerschaft“ zwischen der EU und Lateinamerika werden, die schließlich im September 2009 unter dem herausfordernden Titel: „Die Europäische Union und Lateinamerika: Global Partner“ verabschiedet wurde. Daraus kann abgeleitet werden, dass die Außenbeziehungen der EU zu Lateinamerika auf bilateraler und biregionaler Ebene weiterhin im Spannungsverhältnis zwischen realpolitischen Wirtschafts- und Sicherheitsinteressen und dem ideellen Anspruch auf einen universellen Wertekodex stehen werden.²⁹

3. Conclusio: Die Ambivalenz von Recht

Die beiden verglichenen Fälle zeigen trotz der historischen Distanz eine grundsätzliche Gemeinsamkeit in der Anwendung von Recht als Herrschaftsinstrument.

Die Verfassung von 1812 stellte den Versuch dar, ein bislang nur durch die sakrosankte Figur des Königs zusammengehaltenes Kolonialreich auf der Grundlage einer konstitutionellen Monarchie zu erhalten. Das Projekt scheiterte an der Unvereinbarkeit der natio-

²⁹ KOM Lateinamerika, Dokument zur regionalen Programmierung 2007-2013 v. 12.7.2007/E/2007/1417, 1-6.

nalstaatlich begründeten Verfassungskonzeption des Mutterlandes mit der auf der Gleichstellung der früheren Kolonien basierenden Idee einer transnationalen Föderation.

Die EG/EU verbindet ihre regionalen Wirtschaftsziele in Lateinamerika mit ihrer universellen "Mission" der externen Demokratie- und Menschenrechtsförderung, in dem sie die aus ihrer Sicht „höherwertigen“ Institute der supranationalen Rechtsgemeinschaft, der globalen Marktwirtschaft und des (westlichen) Rechts- und Wohlfahrtsstaates zu implementieren versucht. Diese Politik scheitert langfristig an der Diskrepanz zwischen der aus dem Gründungsmythos der EU abgeleiteten normativen Verpflichtung und der neomerkantilistischen Interessenwahrung.

In beiden Fällen wäre es verkürzt, sie als bloße Formen von „Neokolonialismus“ zu deuten, da jede Form von durchsetzbarem Recht, auch wenn es sich auf Prinzipien wie Volkssouveränität, Demokratie oder Menschenrechte beruft, Herrschaftsausübung darstellt.

Dr. Gernot Stimmer ist Universitätsdozent am Institut für Politikwissenschaften der Universität Wien;
gernot.stimmer@univie.ac.at

The Places of Laws in African colonial and post-colonial struggles: the case of Ghana

Gordon R. Woodman

Introduction

The relation of law to social and political processes such as anti-colonial struggles extends through a range of varieties. At one extreme law is an instrument which can be used by contestants to achieve their goals. In this case law is laid down prior to the struggles, forming the outlines of social order while providing parties with room for manoeuvre. Contestants sometime secure changes in the law, and these then bring about political and social changes. At the other extreme law is a product of social and political ordering. It cannot be an effective instrument because it does not produce conduct or social order. Classical Marxist theory argues that this is always the case, law being mere superstructure reflecting the economic base of society. The history of law and social change in Africa shows that frequently a law falls into both categories to varying degrees. This paper therefore considers the relations in general between laws and aspects of social and political change in Africa. In this history legal pluralism pervades the landscape. The observer is never faced with just “the Law”. Legal history is a story of relations between different laws, sometimes of contradiction and conflict, sometimes of mutual recognition and support. Law is not merely state law, but includes all bodies of observed social norms. (For the latest writing on the theory of legal pluralism, see Tamanaha 2008. See also F. von Benda Beckmann 2002.)

The histories of African states differ. Here Ghana, formerly the British colony of the Gold Coast, is considered. Colonial government in the southern part of the country was reorganised and regularised in 1874-76, which may be taken as the effective date of the establishment of colonial government and law. These were then extended to most of the remainder of the country early in the 20th century, following the defeat of the armies of the Ashanti in 1900. Independence was achieved in 1957. (A large literature on Ghana history is relied upon. An helpful introduction is Gocking 2005. On the detail of political development in early periods see especially Kimble 1963.)

1. The period prior to the establishment of colonial rule

This is the period before the drive to colonial domination and the attempt to impose European law in Africa. African and European laws were in contact in this period.

The laws observed by Africans formed or reflected social orders which had been developed over generations, and have continued to develop up to the present. There was variation between different ethnic or language groups, and some variation within them. In each community the “law-jobs” were performed: said to be essential “to the very continued existence of a society as a society...”, these are listed by Llewellyn as:

I. The disposition of trouble-cases.

II. The preventive channeling and the reorientation of conduct and expectations so as to avoid trouble.

III. The allocation of authority and the arrangement of procedures which legitimize action as being authoritative.

IV. The net organization of the group or society *as a whole* so as to provide direction and incentive.” (Llewellyn 1939-40: 1373).

Authority was sometimes vested by the law in a single ruler, but in the acephalous societies was more widely dispersed.

All communities required legal norms to regulate relations with individuals and groups from other communities. There was considerable population movement through large-scale migrations, causing contact between peoples. Settled communities also had relations with neighbouring communities, and individuals and groups engaged in trade, sometimes over long distances. While external relations might, for limited periods, have been unregulated power struggles, usually laws provided order to the conduct of external relations and the terms of external trade. There are two significant consequences. First, dealings between different communities must have led each to develop norms which defined and emphasised the identity of their own members. Second, the law of each community, having to respond frequently to different external stimuli, must have changed constantly. The notion of static, immemorial custom, if used at all, would have been used as rhetoric rather than accurate description.

These external stimuli to development included, to an increasing degree over time, contact with European traders and Christian missionaries. European ships first arrived on the coast of Ghana and set up trading posts in the late 15th century. Intercourse with Europeans occurred on the coast for several centuries before any serious possibility of colonisation arose. Practices such as the use of written documents are found sometimes within African communities, having been taken over from European laws.

The laws observed by Europeans such as the crews of ships, and traders, had been developed in Europe. Europeans were generally as much aware as Africans of the existence of many and varied laws. The laws of European states were being steadily expanded to regulate more aspects of social life, and becoming somewhat more effective, while the laws of local, occupational, religious and other communities underwent some decline. State laws in their early years were, however, hardly distinguishable from the customary laws of smaller groups. The English common law courts were originally set up to administer the already existent customary law (Woodman 2005). Legal change came about through

changes in popular practice, not through formal legislation. However, this character of state law changed over the centuries, explicit legislation by permanent institutions becoming prominent. Government of the state was carried on by a small proportion of its relatively large population. The rulers inevitably created law which advanced their own interests. Because of the size of the state, it was general and impersonal. Nevertheless, legal theory continued to claim the common law to be the common custom of the realm, and state law to recognise the legitimacy and authority of non-state customary laws.

Especially important in the present context were those parts of European laws which provided for relations between members and non-members of communities. As different state laws were developed, each adopted norms regulating relations between its members (subjects, citizens or nationals) and those of other states. The emergence of states which all claimed sovereignty within their own spheres delayed the development of an effective substantive *jus gentium*. In the emerging private international laws primary attention was given to the allocation of jurisdictional authority. This was to some extent on a territorial basis. But private international laws used also the notion of personal laws, which attached to individuals and applied to them wherever they happened to be located. This notion was derived from earlier, pre-state laws, when personal status was of great importance, the individual's social identity being determined by such matters as their ancestry or the superior who received their homage and gave them protection. An individual's personal law was determined by factors such as their parentage, domicile or nationality.

One issue in private international law became especially sensitive and problematic when Europeans developed political ambitions in Africa. This law required the institutions of a state to respect the laws of other states or even to apply them. As between European states, while there might sometimes be temptations to depart from these requirements, it was thought difficult to justify this. It was often assumed that the laws of non-European states were to be accorded the same status, but a different stream of legal discourse said that private international law did not apply to states or communities outside the European family. This stream of doctrine, succumbing to the self-serving urge to justify any conduct which might be advantageous to the actor, stated that the other laws need not be respected when dealing with "non-Christian" or "uncivilised" peoples, or peoples who were not organised in states with properly called "laws", understood in narrow, Eurocentric terms.

African and European laws coexisted uneasily but with some mutual regard in the period prior to colonisation. Europeans engaged only in trade, not in agriculture or extractive industry, and so needed to occupy only small portions of land. These they obtained through grants, often made in return for payment, from representatives of the communities holding the land, by processes which, had elements both of international treaties and of private conveyances. There was room for dispute over the effects of these transactions. The grantees tended to assert that they had received irrevocable, transferable interests in the land, even where they had agreed to make periodic payments analogous to rent. The grantors might claim that they had given no more than licences to use their land. There was also

room for dispute as to whether the persons making the grants, such as kings and chiefs, were authorised to do so under their own laws. These disputes, which were essentially over which legal view was to prevail, were in most cases eventually determined by the force used in the imposition of colonial rule.

The other dealings between Europeans and Africans were largely contractual, consisting of the buying and selling of trade goods. Slaves were included in this category. It appears that neither set of laws had difficulty with this until the late 18th century, when the British state began to act against the slave trade and by naval action caused the demand for slaves to cease. All trade seems to have been conducted by barter, which required no detailed or complex legal regulation. There were some struggles and disputes over control of the two sides of the trade. British traders sought to induce Africans not to deal with non-British traders. African groups in the vicinity of trading posts sought to control access to the market for their own benefit. In each case there was a reliance on claims that some type of inter-group or inter-state law justified the claimants, although it seems unlikely that these laws were unequivocal or decisive.

Thus in this period laws developed within European and African communities facilitated relations with the others, and were applied, manipulated and sometimes adjusted to meet the interests of parties.

2. The establishment of colonial government

In the second half of the 19th century the principal driving force of Europeans in Africa became the struggle to achieve political control over populations and territories. The causes of this change are not an object of this study, although it may be suggested that the main cause was competition between European states for power and economic opportunities. The European powers sought to induce local polities to enter agreements, sometime referred to as treaties of friendship, by which they rendered allegiance or otherwise accepted the sovereignty of the colonising state. Those who assumed the authority to accept the colonial regime were apt to find themselves thereafter endowed with legal authority as a result of reciprocal support from that regime, even if they had not held it under their own law. It seems likely that in many instances the local law would not have regarded such agreements, even if made by properly constituted rulers, as legally valid surrenders of sovereignty. However, the European state law was always ready to insist upon this assumption.¹ In this clash of laws British law emerged as dominant because supported by military force. British legislative bodies, namely, the Crown employing its authority to make law by or-

1 This is seen most clearly in wherer cases the formal agreement was for the establishment of a protectorate, not a surrender of sovereignty. The British legal system refused to question the validity of acts of state done subsequently in the area by the British state, enabling it in practice to exercise sovereignty. The issue was not explicitly contested for the protectorate in Ghana, but the outcome was established for other African protectorates: Mugambwa 1987.

der in council, and parliament using its overriding legislative authority, gained supreme legislative power. This was used to establish a new system of state law.

In establishing the legal system of the new colonial state the British largely ignored existing African disputing processes and institutions. By the Supreme Court Ordinance, 1876, they set up a system organised as that of England. However, the ordinance also specified the laws which these courts were to apply, and in this respect accepted the legitimacy of African laws. First the courts were to apply “statutes of general application in force in England”, legislation of the colonial legislature, and the case-law of the common law and equity. Thus English law was “received”. The statute also required the courts to “observe and enforce the observance of native laws and customs”. Thus, following the long tradition of English law, the courts were required to recognise these various African customary laws, and so a plural state law was established.

It was necessary to form a body of conflicts of law rules to enable choices to be made between the different laws which might be claimed applicable to particular cases. The statute formulated, although not clearly or precisely, a body of rules which used the long-established notion of personal law, qualified to enable parties to agree to be bound by another law. For virtually the whole population their personal laws were African customary laws. The connecting factors for personal law were race and ancestry.

Thus in the formation of the colonial state, the English legal trend towards seeing non-European peoples as having no governmental institutions which needed to be respected, prevailed. But in the formation of the judicial system the policy of recognising non-state laws was effective.

3. The colonial period

This section considers the period up to the point at which the independence struggle began in earnest, roughly a decade before it was achieved. As a result of the growth of the colonial government and the growing involvement of the colony in international politics and economy power struggles tended increasingly to be fought in the processes of state law, in a general *Verstaatlichung* of political, social and legal action (Woodman 2008).

Africans played active and influential roles within the state. Those who qualified as legal practitioners in particular used their skills in the state legal system to advance struggles against colonial policies, often seeking to promote the status of customary law. Two early episodes illustrate this.

The first concerned land law. The colonial regime was by the 1890s concerned at the activities of European mineral and timber concession hunters. There were reports of their persuading local traditional authorities to make grants of extensive but ill-defined areas for little payment. The regime’s answer was to propose, by the Crown Lands Bill, 1894, to take control by vesting all unowned land in the Crown. The African elite, an alliance of western educated professionals and traditional authorities, opposed this publicly and vigorously.

The bill was replaced by the Lands Bill, 1897, which would have had a similar effect. The opponents formed the Gold Coast Aborigines' Rights Protection Society (GCARPS), which lobbied against the Bill in the colony and sent a delegation to London. The Bill was withdrawn. The principal legal argument used by the ARPS was based on the contention that according to customary law there was no unowned land in the colony. Land which was currently unused was always the property of a nearby community. Therefore the Bills would not protect unused land in the public interest, but rather would expropriate lawful owners. This view of the customary law prevailed, and was accepted generally in the legal system as established. It is doubtful whether any such rule existed in the customary laws before it was formulated in this Debate (Woodman 1996: 54-57).

The second episode concerned the law of succession. The Marriage Ordinance, 1884, was enacted to enable marriage in common law form to be contracted in the colony. It largely repeated the English Marriage Act of the time. It enabled individuals whose personal law was customary law to opt to contract this form of marriage, rather than that under customary law. This in turn raised a question about the choice of succession law. The ordinance provided that, on the death intestate of a person married under the ordinance survived by the spouse or any issue of that marriage, their estate should be distributed according to rules of English law. This was considered by the African leadership to tilt state law too far against customary law. Lobbying of the government and legislature resulted in 1909 in an amendment, to provide that one-third of the estate should instead pass under customary law. This has been called a "victory of the nation" (Ollennu 1966: 244).

Throughout the period, in a continuing trend assisted by the legal profession, a substantial proportion of cases in the superior courts every year were decided according to the customary laws. The content of these laws had to be proved by expert evidence in the courts, typically by elders of the communities whose customary laws were in issue. Through the judgments in these cases a body of precedent emerged, in which many rules of customary law, especially those of family and land law, became part of legal learning. Thus there was a further *Verstaatlichung* of customary law.

While traditional government, as distinct from customary law, was initially given little explicit recognition by the colonial regime, the policy changed later. In the 1930s the colonial regime in the Gold Coast adopted a policy of Indirect Rule. Governmental functions, especially at local levels, were to be carried out by existing, indigenous traditional leaders and institutions, under the control and direction of the colonial regime. The Ashanti Confederacy, which had been dissolved on the colonisation of that region, was restored in 1935, the Asantehene (king of the Ashanti) regaining much of the influence and power earlier exercised by his predecessors. Indirect Rule seems to have been a product primarily of the desire of the colonial regime to economise in governmental resources. Its effect was to strengthen the leadership of the chiefs and their councils, rather than that of the western educated leaders. The tension between the two groups became an increasingly acute power struggle. Another effect was an increase in disputes and instability within traditional lead-

ership groups. Indirect rule required the colonial government to identify chiefs, approving their appointment or removal from office, and becoming involved in issues of status such as the subordination of one chieftaincy to another. The position of chief ceased to be dependent upon popular acceptance within the community in accordance with customary law and became dependent upon the support of the executive branch of the colonial government. A chief could be removed from office, and another nominee appointed, if a dissident group within the community could persuade the colonial regime to declare that this was in accord with customary law.

It cannot be assumed that struggles in the colonial period were all within the fields of activity of the colonial state. Notwithstanding the establishment of an official, state-endorsed customary law, popular customary laws continued outside the realm of the state government. These practised customary laws and their disputing processes were the context in which innumerable disputes in everyday life were averted, conducted, socially controlled or settled. The changes in economic and social circumstances of ordinary people produced changes in the practised customary laws which changed balances of power and favoured some groups over others. Just one example may be given. There was a rapid growth of an export market for cocoa and the means to grow this crop from 1880 onwards. Most of the cultivation was carried on by individual farmers who moved into areas suitable for cocoa, and acquired for payment plots of land for what was effectively a permanent crop. As a result sales of land became much more frequent, doubts about the validity of sales disappeared, and new forms of land tenure emerged. These matters rarely came within the cognisance of the state courts. There were many small-scale struggles, carried on by appeals to old and new customary laws respectively, which have not been reported.

4. The independence struggle and the post-independence phase

The struggle for independence started at the inception of colonial rule, but the explicit demand for full independence became the dominant factor in national politics only in the later years of the colonial period, before and during a period of self-government. After Independence in 1957 a republican Constitution was enacted in 1960, and the government secured changes to the legal system to give effect to its policies.

The state was seen as irrevocably established. The agitation for independence was not a demand that the government of the colonial state be dismantled, but that it be transferred to Africans. The appeal was in terms of principles, especially of democracy and the freedom of the individual, which British law itself endorsed when the rights of British people were in issue. There was also now an appeal to international human rights law, and assistance was called upon from United Nations bodies which were working for the independence of colonial territories.

At the same time struggles within the country aimed to change the internal power distribution. Under indirect rule the colonial state exercised general control over the traditional

authorities, but they still held considerable power, especially through their courts, recognised by the state as “native courts”. As a popular national movement wrested control of the state system from the colonial regime, the competition between the state and traditional authorities became more acute. The non-state traditional authorities were seen as a threat to state authority, and the state sought to ensure that chiefs were politically subservient. The African political leadership used state legislative power, gained through the concession of self-government, to remove judicial powers from traditional authorities, replacing the native courts with state courts. After Independence action was taken against the powers of traditional authorities over land. It had been held that the underlying title to all land was vested in the local communities, and could be granted out by chiefs with the concurrence of their councils of elders. Legislation now conferred power on the executive to declare areas of land to be vested in the state. These powers were exercised, but largely for areas in the north of the country, the traditional authorities of which had relatively little national political influence. Other legislation introduced state controls on the administration of land by traditional authorities. Virtually all grants by these authorities were subjected to the approval of state officials. All payments emanating from grants or the use of such land were to be paid to state officials, and then allocated between the state, the elected local government, and the traditional authority (Woodman 1996: Chap. 2). However, the power to enact statutes is not always a power to secure social change. These measures were not given much effect because of administrative difficulties. Moreover, devices were found to evade them: commonly chiefs demanded a substantial monetary fee by way of introduction, known as “customary drinks”, before considering applications for grants. The conflict between the state and traditional authorities was not reflected in competition between the customary laws and the received law, since state institutions also applied customary law. At times the rhetoric of the independence movement expressed preference for the indigenous customary laws over the received law.

5. From the post-independence phase to the present

The past 45 years have seen a series of changes in the form of government. The independence regime was overthrown in a coup d'état in 1966, and thereafter various different regimes and constitutional schemes operated briefly until the current constitution came into effect in 1993. It is possible to discern two broad fields in which struggles have been closely related to laws in this period.

First, the contest between the state and traditional authorities has continued. After the overthrow of the independence regime the legal pendulum swung towards traditional authorities. The 1969 Constitution declared that it had been adopted by “the Chiefs and people of Ghana”. The power of the executive to give legal recognition to persons as chiefs was removed, and the constitution guaranteed “the institution of chieftaincy as established by customary law and usage”. This has remained the law, although the “chiefs and people”

phrase was not used again. The lands in the north taken by the state were re-vested in their traditional holders by the 1979 constitution. Instead of attempts to take away chiefs' powers over land or to control them through the executive, the present governmental policy is to assist chiefs to exercise their powers efficiently and in the general interest. The controls on land remain on the statute book and have been repeated in successive constitutions, but continue to be ineffective. The continuing growth of the market in land has allegedly spurred some chiefs to attempt to change the customary law by enlarging their powers over land and its proceeds (Ubink 2006; Duncan 2008).

State governments have not shown an inclination to reduce the scope of application of customary law, although it is possible that they hope its use will decline as the economy and society become integrated into the global economy and wider systems of values. The intestate succession provision of the Marriage Ordinance was replaced in 1985 by provisions which govern all cases of intestacy. These depart from the customary laws in fundamental respects but provide that in all cases a certain proportion of the estate is to pass to the family of the deceased as defined by his or her personal customary law (Intestate Succession Law, 1985 (P.N.D.C.L. 111)). A system of land title registration, initiated in 1986, provides for the recording of customary law interests and transactions as well as those under common law (Land Title Registration Law, 1986 (P.N.D.C.L. 152)).

Secondly, the resort to international norms to oppose or modify state laws has increased. The social, economic and political features of African states are increasingly influenced by global forces, as their legal development shows (Woodman et al. 2004).

International human rights norms have led to modifications in state laws. The rights set out in the earliest international declarations have been developed and adapted in the African Charter on Human and Peoples' Rights and related African instruments. Partly as a result, successive constitutions have entrenched with increasing firmness certain international human rights, such as the rights of women not to be subjected to gender discrimination. These and other state law provisions responding to human rights claims seem likely to reduce the observance of customary laws, at least within the state legal system. Thus what remains of the customary law of succession may be held to conflict with these provisions, as may the customary law on matrimonial property. Other practices which are sometimes claimed to be customary in some parts of the country, such as the ritual abuse of widows at their husbands' funerals and female circumcision have been confirmed to be criminal by specific statutes (Criminal Code (Amendment) Law, 1984 (P.N.D.C.L. 90); Criminal Code (Amendment) Act, 1994 (Act 484); Criminal Code (Amendment) Act, 2007 (Act 741)).

International legal regulation of economic activity also now impinges more frequently on state and other laws. This regulation operates mainly through the medium of state laws, which are required to uphold international norms. State governments, even if formally sovereign, thus become agents of international law. The development could provide opportunities for disputants to call on international law when state law, either common law or customary law, does not favour them.

Literature

- Benda Beckmann, Franz von. 2002. "Who's afraid of legal pluralism?," *Journal of Legal Pluralism* No. 47: 37-82.
- Duncan, Beatrice Akua Abrekna. 2008. *Gender, Land and Cocoa in Ghana: Changing Access Rights in Matrilineal and Patrilineal Communities*. Ph.D. thesis, University of Birmingham.
- Gocking, Roger S. 2005. *The History of Ghana*. London: Greenwood.
- Kimble, David. 1963. *A Political History of Ghana 1850-1928*. Oxford: Clarendon Press.
- Llewellyn, Karl N. 1939-40. "The normative, the legal and the law-jobs: the problem of juristic method," *Yale Law Journal* No. 49: 1355-1400.
- Mugambwa, John Tamukedde. 1987. "The Legal Aspects of the 1900 Buganda Agreement Revisited," *Journal of Legal Pluralism* No. 25-26: 243-274.
- Ollennu, N.A. 1966. *The Law of Testate and Intestate Succession in Ghana*. London: Sweet & Maxwell.
- Tamanaha, Brian Z. 2008. "Understanding legal pluralism: past to present, local to global," *30 Sydney Law Review* No. 30: 375-411.
- Ubink, Janine. 2006. *Peri-urban Land Administration in Ghana and the Quest for Rule of Law*. Ph.D. thesis, Leiden University.
- Woodman, Gordon R. 1996. *Customary Land Law in the Ghanaian Courts*. Accra: Ghana Universities Press.
- Woodman, Gordon R., Ulrike Wanitzek and Harald Sippel (eds.). 2004. *Local Land Law and Globalization: A comparative study of peri-urban areas in Benin, Ghana and Tanzania*. Münster: LIT Verlag.
- Woodman, Gordon R. 2006. "The Involvement of English Common Law with Other Laws", in *La quête anthropologique du droit: Autour de la démarche d'Étienne Le Roy*. Editors: Christoph Eberhard and Geneviève Vernicos, pp. 477-500. Paris: Éditions Karthala.
- Woodman, Gordon R. 2008. "From Alien Intruder to Nation's Monarch to International Agent: The Changing Roles of the African State in the Realm of Law", in *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts – Teilband 2: Nichtstaatliches Privatrecht: Geltung und Genese*. Editor: Reinhard Zimmermann, pp. 187-204. Tübingen: Mohr Siebeck.

Wa(h)re Schönheit

Nina Eckstein

Schlagworte wie *Magermodels*, *Diät- und Schlankheitswahn*, *Schönheitsoperationen* oder ominöse TV-Sendeformate wie *Germany's Next Topmodel* dominieren seit längerem schon die Gazetten und den öffentlichen Diskurs.

Was verbirgt sich jedoch hinter all dem? Selbstverständlich spielt eine zentrale Rolle der nach wie vor nichts an Aktualität eingebüßt habende Traum von makelloser Schönheit und ewiger Jugend. Nicht überraschend ist auch, dass mit diesen Themen vorrangig noch immer vor allem Frauen und ihr Körper in Verbindung gebracht werden. *Er* ist also nach wie vor präsent und in aller Munde: Der weibliche Körper und die entsprechenden Zugriffe auf ihn. Wiewohl an dieser Stelle auch angemerkt werden muss, dass im Unterschied zu früheren Entwicklungen der gegenwärtige Schönheits- und Jugendtrend mittlerweile auch Männer betrifft, wenn auch vielleicht in anderen Ausprägungen.

Der weibliche Körper und seine gesellschaftlichen Zurichtungen in Form von Doktrinen des schönen und „richtigen“ Körpers hingegen sind ein altes Kernthema der Frauenbewegung. Wir haben es hier also wahrlich mit einem „alten Hut“ zu tun, der anscheinend immer noch nicht an den Nagel gehängt werden kann.

Eine kurze Rückblende in die Geschichte der Frauen- und Körperbefreiung zeigt, dass eine der wesentlichsten Forderungen und Errungenschaften von Feministinnen das Selbstbestimmungsrecht von Frauen über ihren eigenen Körper war. Die vorangetriebene Sensibilisierung von Frauen in Bezug auf ihren Körper schlug sich nicht nur in vielen individuellen Biographien nieder, sondern fand letztendlich auch Eingang in Gesetze und Institutionen. Einen wesentlichen Meilenstein hierfür stellt die Fristenlösung dar, die es Frauen auch de jure ermöglichte über die eigene Reproduktion selbst entscheiden zu können.

Augenscheinlich geht die Entwicklung allerdings wieder in die entgegengesetzte Richtung. Nicht Autonomie und Selbstbestimmung über den eigenen Körper sondern das Nacheifern vorgegebener Schönheitsideale sowie der Partizipationswunsch an einem voranschreitenden Jugend- und Fitnesskult stehen im Vordergrund. Vorstellungen darüber wie der (weibliche) Körper zu sein hat und an welchen Maßstäben er zu messen ist, stehen nicht nur im Fokus des öffentlichen Interesses, sondern fanden nach und nach auch wieder massiven Eingang in die Biographien und Lebensentwürfe von Frauen. Heutzutage lässt sich der Wunsch nach *dem* perfekten Körper bzw *dem* perfekten Aussehen erschrecken-derweise schon bei jungen Mädchen im Volksschulalter finden. Problematisch dabei ist jedoch nicht alleine der Wunsch schön und attraktiv sein zu wollen, sondern vor allem die Bereitschaft zahlreicher Frauen und Mädchen beträchtliche Opfer hierfür zu erbringen, um das entsprechende Ziel zu erreichen.

Wohin diese Opfer führen, lässt sich beispielsweise an den Essstörungen verdeutlichen, von denen mehrheitlich nach wie vor Frauen und Mädchen betroffen sind.¹ Verstärkt durch höchst umstrittene Model-Castingshows im Fernsehen wird (jungen) Frauen suggeriert, dass das Optimalgewicht weit unter dem noch als gesund anzusehenden BMI (= Body-Mass-Index) zu liegen habe und selbst nach objektiven Kriterien normalgewichtige, junge Frauen als noch immer zu dick betrachtet werden. Vorschub leisten diesem Wunsch nach der perfekten Figur zusätzlich auch noch tagtäglich viel zu dünne Supermodels à la Kate Moss sowie jede Menge „DiätexpertInnen“, die vorgeben zur Traumfigur verhelfen zu können.

Aber nicht nur das Streben nach dem optimalen Körpergewicht und die damit verbundenen gesundheitlichen Folgen bei Frauen und Mädchen lassen sich ausmachen. Auch das Phänomen, den eigenen Körper chirurgisch zurechtschneiden und zurechtstutzen zu lassen, ist feststellbar. Waren Schönheitsoperationen und Nachjustierungen am eigenen Körper allerdings lange Zeit vor allem Hollywood vorbehalten, handelt es sich mittlerweile um einen Trend, der durchaus Einzug gefunden hat im Leben so genannter Normalbürgerinnen. So sind sie beispielsweise in Dokusoaps zu finden wie in „Ein Leben für die Schönheit“ auf ATV, wo Frauen und ihre (mehrheitlich) männlichen Schönheitschirurgen über mehrere Folgen hinweg begleitet werden auf dem Weg zu größeren Brüsten oder kleineren Nasen. Sie sind bereit sich unters Messer zu legen oder zumindest ein paar Spritzen Botox – ein ursprünglich für den Kampfeinsatz im Krieg eingesetztes Nervengift – über sich ergehen zu lassen, um den Körper straff und das Gesicht (wieder) faltenfrei zu bekommen.

Die Hintergründe der skizzierten Entwicklung sind sicherlich mannigfaltig - ein Potpourri aus Altem und Neuem. Alt ist sicherlich, dass - wie oben angerissen - der weibliche Körper und das Aussehen von Frauen nach wie vor eine gesellschaftliche Zuschreibungsfläche im Kontext einer männerdominierten Gesellschaft darstellen. Aktuellstes Beispiel sind die mit dem Vorwurf des Sexismus konfrontierten Werbesujets einer österreichischen Brauerei, auf denen der Genuss von Bier gleichzeitig assoziiert wurde mit parallel dazu abgebildeten lasziv und sehr freizügig dargestellten Models, deren Zweck es offenkundig war, männlichen Konsumenten das Biertrinken schmackhaft zu machen.

Neuer am herrschenden Schönheits- und Körperkultwahn ist allerdings, dass der Zugriff auf den weiblichen Körper (und in diesem Zusammenhang auch verstärkt auf den männlichen) nicht mehr überwiegend vor der Folie eines patriarchal-sexistischen Gesellschaftssystems zu analysieren sondern mittlerweile auch ganz stark vor dem Hintergrund eines unerbittlich um sich greifenden Turbokapitalismus zu begreifen ist. Entlang seiner Verwertbarkeitslogiken wird kein (Lebens)Bereich ausgelassen und der „Markt“ ist endgültig in höchstpersönliche Bereiche eingedrungen. Wenn es um Schönheit, Jugend oder

1 *dieStandard*, 90 Prozent der Betroffenen sind weiblich, Zum 10-jährigen Bestehen der Wiener Ess-Störungshotline wird Bilanz gezogen - 2000 Mädchen in Wien hätten ein akutes Risiko, <http://diestandard.at/1226397155115/90-Prozent-der-Betroffenen-sind-weiblich> (9.9.10).

Fitness geht, dann handelt es sich auch um einen Markt mit Produkten, die ihren Preis haben. Darum herum haben sich längst unzählige Branchen und „ExpertInnen“ gruppiert. Beachtenswert sind beispielsweise die seit einigen Jahren wie Pilze aus dem Boden schießenden Beauty-, Diät- und Fitnessratgeberbücher. Der dabei ausgeübte Druck, schön, schlank und vital sein zu müssen, steht in engem Zusammenhang mit persönlichem Erfolg und bildet somit eines der Erklärungsmuster, warum viele Frauen bereit sind, kostspielige Torturen über sich ergehen zu lassen.

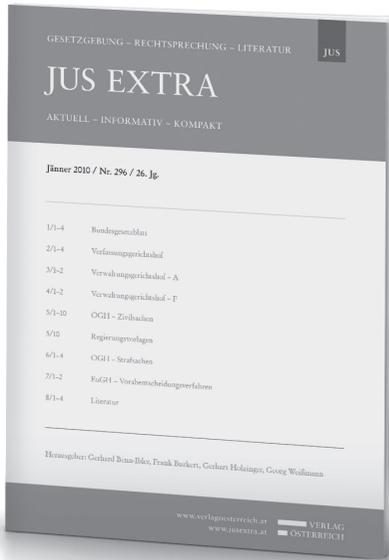
Lange Zeit wurden vor allem aus der feministischen Ecke kritische Stimmen hinsichtlich dieser Entwicklung laut. So wird beispielsweise am 6. Mai jedes Jahr nun der „Anti-Diät-Tag“² gefeiert, den die britische Feministin Mary Evans Young vor 18 Jahren ins Leben gerufen hatte, um auf den um sich greifenden Diätwahn und die damit gleichzeitig verbundene Diskriminierung von nicht dem gängigen Ideal- und Schönheitsmaß entsprechenden Menschen aufmerksam zu machen. Mittlerweile werden auch andere kritische Stimmen laut, besonders aus dem Gesundheits- und Sozialbereich. MedizinerInnen und SozialexpertInnen verweisen auf die nachteiligen physischen und psychischen Konsequenzen für Frauen und Mädchen, sich dem existierenden Druck, schön, jung und schlank sein zu müssen, zu unterwerfen und plädieren für ein Umdenken und einen anderen Zugang zu sich und zum eigenen Körper.

Es sind aber letztendlich die Frauen (und auch die Männer) selbst, die dem Diskurs über Schönheit, Jugend und Fitness kritisch gegenüberstehen und sich den eigenen Körper und das eigene Wohlbefinden – losgelöst von patriarchalen und ökonomischen Logiken – wieder aneignen und den eigenen Bedürfnissen zugänglich machen müssen. Der Leitsatz der feministischen Bewegung: „Über unseren Körper bestimmen wir alleine!“ scheint demgemäß aktueller denn je.

Mag.³ Nina Eckstein, BA ist Juristin und Sozialarbeiterin und Redaktionsmitglied des *juridikum*; nina.eckstein@gmx.at

2 *dieStandard*, *Entsorg' Deine Diättrageber!* Am Anti-Diät-Tag werden international Zeichen gegen den Schlankeitswahn gesetzt, <http://diestandard.at/1271376061902/Entsorg-Deine-Diaet-Ratgeber> (9.9.10).

Monat für Monat alles auf einen Blick!



Jahresabo JUS Extra
(11 Hefte) € 118,-

Probeabo JUS Extra
(3 Hefte) € 13,-

Inhalt

Die Zeitschrift „JUS Extra“ bietet in Form einer Loseblattausgabe monatliche Information über die aktuelle Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Führende Experten garantieren die fachkundige Aufbereitung der neuen Bundesgesetzblätter, der aktuellen Erkenntnisse des OGH (Zivil- und Strafsachen), des VfGH und des VwGH (Finanz- und Administrativrecht) in Leitsatzform, der EuGH-Vorabentscheidungsverfahren sowie der Neuerscheinungen im Buch- und Zeitschriftenbereich. Die Ablage erfolgt nach Teilgebieten in Ringbuchordnern.

Herausgeber

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident des Rechtsanwaltskammertages
Dkfm. Dr. Franz Burkert
Präsident der Kammer der Wirtschaftstreuhande i.R.
SC Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger
Präsident des Verfassungsgerichtshofes
Dr. Georg Weißmann
Präsident der Notariatskammer i.R.

Gesamtredaktion

Dr. Helga Stöger
Ministerialrätin im Bundeskanzleramt i.R.

Internet

www.jusextra.at

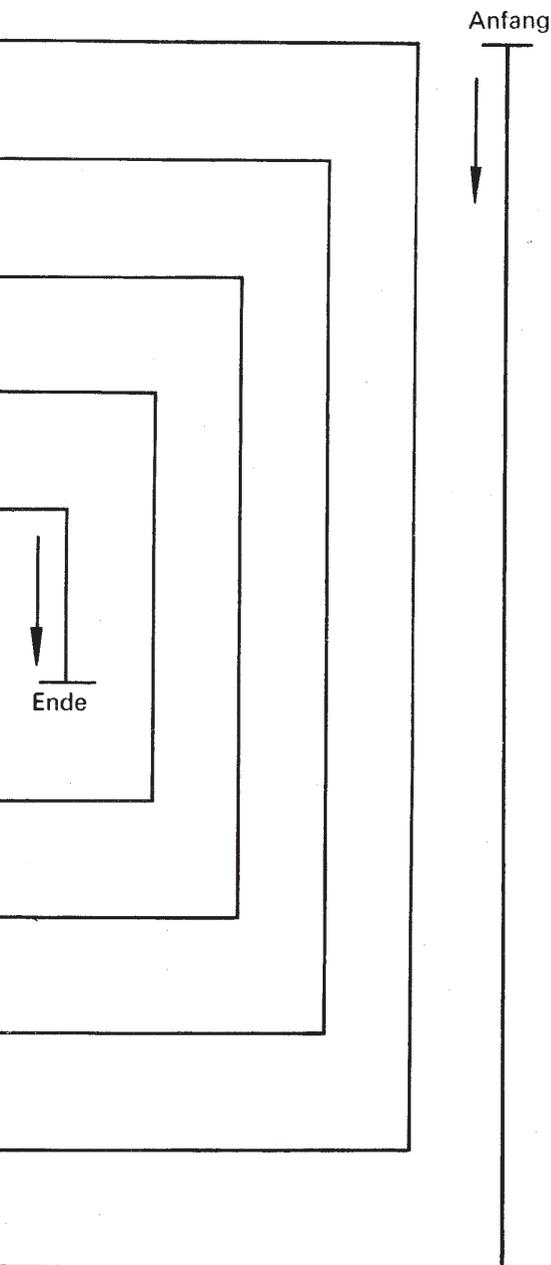
Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

VIEL GLÜCK! MIGRATION HEUTE

WIEN, BELGRAD, ZAGREB, ISTANBUL



Viel Glück! – Viele tausende Male wünschen Menschen ihren Verwandten und Bekannten „Viel Glück!“, wenn sie in ein anderes Land, in eine unbekannte Zukunft aufbrechen. Migration gelingt in Zeiten strenger Grenzsicherungen und verschärfter Migrations- und Asylgesetze in der Tat nur mit viel Glück. Die Rolle der EU-Harmonisierungsbestrebungen im Bereich Migration und Asyl und deren Auswirkungen auf nationale Migrationspolitiken sowie auf die Betroffenen, ist einer der Themenkreise, die im Sammelband behandelt werden. Der geographische Fokus liegt auf dem zentral- und südosteuropäischen Raum, insbesondere Österreich, Kroatien, Serbien und der Türkei. Historisch verbunden durch die Anwerbe- und Entsendepolitiken in den 1960er Jahren haben diese vier Länder im Globalisierungsprozess der vergangenen zwei Jahrzehnte neue Migrationsbewegungen erfahren. Themen wie Arbeitsmigration, neue staatliche Kontrollmechanismen von Migration und Asyl, transnationale Migration und Queer Migration werden anhand von aktuellen Fallstudien, theoretischen Texten und einer juristischen Timeline beleuchtet. Ein Kapitel setzt sich mit Utopien und Migration auseinander. Wird es etwa in zwanzig, fünfzig oder hundert Jahren noch Grenzen oder Nationalstaaten geben? Haben utopische Forderungen als Bestandteil sozialer Kämpfe das Potential zur Verwirklichung? Oder ist Migration gar der Tod der Utopie? Abgerundet wird der Bild- und Textband mit einer Dokumentation über zwei Ausstellungen, die sich dem Thema Migration in künstlerischen und kulturellen Produktionen widmen.

Viel Glück! Migration heute

Wien, Belgrad, Zagreb, Istanbul

Herausgegeben von Vida Bakondy, Simonetta Ferfogliá, Jasmina Janković, Cornelia Kogoj, Gamze Ongan, Heinrich Pichler, Ruby Sircar und Renée Winter für die Initiative Minderheiten.

Mandelbaum Verlag, Wien 2010

512 Seiten, (d/e), mit Abbildungen

ISBN 978-3-85476-340-6

Gerade Nähte gewinkelt

STEINER – Handbuch



Rüdiger Voigt / Ulrich Weiß (Hg.)

Handbuch Staatsdenker

*Unter Mitarbeit von
Krisztina Adorj*

2010. 462 Seiten. Geb.

€ 44,- [D]

ISBN 978-3-515-09511-2

Ausgangspunkt des Handbuchs ist ein staatswissenschaftlicher Ansatz, der das Staatsdenken mit geistes- und sozialwissenschaftlichen Mitteln analysiert. Anhand der wichtigsten Staatsphilosophen und -theoretiker sowie ausgewhelter Staatspraktiker führen die Artikel in alle Facetten des Staatsdenkens ein. Dabei kommen philosophische, theologische, juristische, historische, politische und soziologische Gesichtspunkte zur Sprache. Eine epochenspezifische Systematik ist nicht vorgegeben, vielmehr werden die Staatsdenker in alphabetischer Reihenfolge behandelt, um Vergleiche über alle Epochen, Kulturkreise und Ausrichtungen hinweg zu erleichtern. Dazu folgen alle Einzelbeiträge einem durchgängigen Gliederungsprinzip. Der Band wendet sich an Studierende, Wissenschaftler und Journalisten sowie an ein allgemein interessiertes Publikum. Das Handbuch dient in erster Linie als Nachschlagewerk, bietet sich aber auch als staatswissenschaftliches Lehrbuch an und gibt einen Überblick über die Teilbereiche der Disziplin, der sich zu einem umfassenden Gesamtbild zusammenfügt.



FRANZ STEINER VERLAG

Postfach 101061 • D-70009 Stuttgart

www.steiner-verlag.de • service@steiner-verlag.de

Telefon: 0711 / 2582-0 • Fax: 0711 / 2582-390

ÖHZ – Das Magazin für Wissenschaft und Forschung!



Jahresabo ÖHZ (10 Hefte) € 77,-

Jahresabo ÖHZ (10 Hefte)

für Studierende € 45,-

Probeabo ÖHZ (3 Hefte) € 9,-

Inhalt

1948 gegründet, ist die „ÖHZ - Österreichische Hochschulzeitung“ das älteste überregionale Hochschulmagazin Österreichs und Pflichtlektüre für Spitzenkräfte aus Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Unabhängig von Verbandsorganen und -interessen garantiert die ÖHZ kritisch-reflexive Einblicke in das Hochschulgeschehen. Als eines der führenden Fachmagazine für Wissenschaft, Forschung und Lehre bietet die ÖHZ

- neueste nationale und internationale Hochschulnachrichten
- Reportagen und Hintergrundinformationen zu hochschulpolitischen Entwicklungen
- Interviews, Statistiken sowie wichtige hochschulrechtliche Entscheidungen
- konkrete Tipps für den akademischen Berufsalltag
- die neuesten internationalen Stellenausschreibungen
- Personalien, Veranstaltungen an Hochschulen sowie aktuelle Termine

Herausgeber

FH.-Prof. Dr. Werner Hauser (FH Joanneum)

Chefredakteur

Dr. Georg Oswald (Universität Wien)

Internet

www.oehz.at

Tel.: +43-1-680 14-0

Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at

www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft



Jahresabo juridikum
(4 Hefte) € 55,-

Jahresabo juridikum
für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienler € 25,-

Probeabo juridikum (2 Hefte) € 11,-

Inhalt

Das juridikum versteht sich als juristische Fachzeitschrift, die bei der Analyse rechtlicher Fragen mehr als deren rechtsdogmatische Dimension in Betracht zieht. Gegenüber dem juristischen Mainstream nimmt das juridikum eine kritisch-hinterfragende Haltung ein. Die Zeitschrift stellt eine Plattform dar, auf der RechtswissenschaftlerInnen und RechtspraktikerInnen ihr juristisches Tun reflektieren, rechtliche Verfasstheit und rechtlichen Schein analysieren sowie gesellschaftliche und politische Ziele formulieren. Als unkonventionelle Zeitschrift mit interdisziplinärem Anspruch will das juridikum kritische JuristInnen vernetzen und befähigen.

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth
Ines Rössl
Joachim Stern

Internet

www.juridikum.at

