

## 1. Aufsätze

## Die Vermessung der Rechtsstaatlichkeit

## Die "Rule of Law Checklist" der Venedig-Kommission des Europarates

von Michael Fuchs, Berlin

I. Einleitung .....	237
II. Entstehung der Checklist .....	238
III. Inhalt der Checklist .....	239
A. Gesetzmäßigkeit .....	240
B. Rechtssicherheit .....	241
C. Willkürverbot .....	241
D. Gleichheit vor dem Gesetz und Nicht-Diskriminierung .....	241
E. Justizgewährungsanspruch .....	242
IV. Bedeutung der Checklist .....	242
A. Wissenschaft .....	243
B. Praxis .....	243
C. Politik .....	243
V. Zusammenfassung .....	244

## I. Einleitung

Die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat am 11. Oktober 2017 die Rechtsstaats-Checklist (Rule of Law Checklist) der Venedig-Kommission gebilligt.<sup>1</sup> Mit diesem Dokument unternimmt die Venedig-Kommission den Versuch, den Rechtsstaatsbegriff und das Rechtsstaatsprinzip unter Einbeziehung der beiden anderen Gründungsprinzipien des Europarates, Demokratie und Menschenrechte, operationalisierbar zu machen. Gerade in Zeiten vielfältiger Bedrohungen des Rechtsstaates durch den internationalen Terrorismus und nationale populistische Strömungen kommt der Initiative des Europarates eine besondere Bedeutung zu.

„Die Europäische Kommission für Demokratie durch Recht“ („Venedig-Kommission“) ist eine Einrichtung des Europarates,<sup>2</sup> die im Mai 1990, also kurz nach dem Fall der Berliner Mauer, von den damals 18 Mitgliedstaaten des Europarates auf Initiative der italienischen Regierung gegründet worden ist. Nach ihrer Satzung<sup>3</sup> handelt es sich um ein unabhängiges Beratungsgremium, das mit den Mitgliedstaaten des Europarates, interessierten Nichtmitgliedstaaten und interessierten internationalen Organisationen und sonstigen Einrichtungen zusammenarbeitet. Ursprüngliche Aufgabe der Venedig-Kommission war es nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion, den neuen mittel- und osteuropäischen Staaten in Fragen der Verfassungsreform technische Hilfe zu leisten. Dabei und in vielen anderen Bereichen kann die Kommission auf große Erfolge verweisen.<sup>4</sup> Sie verdankt ihren Namen ihrem Tagungsort, der Scuola Grande di San Giovanni Evangelista in Venedig, wo sie satzungsgemäß viermal jährlich tagt (Art. 4 Abs. 3)<sup>5</sup> und wo ihr Sitz ist (Art. 8 Abs. 3). Administrative Unterstützung erhält sie nach Art. 8 Abs. 1 ihrer Satzung vom Generalsekretariat des Europarates in Straßburg und nach Art. 6 Abs. 3 von einem örtlichen Sekretariat in Venedig. Soweit ersichtlich, hat die Funktionsfähigkeit der Kommission unter den verschiedenen Arbeitsorten nicht gelitten.

Alle 47 Mitgliedstaaten des Europarates sind zugleich Mitglied der Venedig-Kommission, die jedoch, wie erwähnt, auch interessierten Nichtmitgliedstaaten, zur Zeit sind es 14, offen steht. So beträgt die Mitgliederzahl inzwischen insgesamt 61.<sup>6</sup> Bei den 14 Mitgliedstaaten außerhalb des Europarates handelt es sich um: Algerien (seit 2007), Brasilien (seit 2009), Chile (seit 2005), Costa Rica (seit 2016), Israel (seit 2008), Kasachstan (seit 2012), Kirgisistan (seit 2004), Kosovo (seit 2014), Marokko (seit 2007), Mexiko (seit 2010), Peru (seit 2009), Südkorea (seit 2006), Tu-

nesien (seit 2010), USA (seit 2013). Darüber hinaus gibt es andere Formen der Mitwirkung für Staaten bzw. internationale Organisationen, deren Rechte sich aus der Satzung ergeben: So ist Weißrussland assoziiertes Mitglied der Venedig-Kommission; Beobachterstatus haben Argentinien (seit 1995), Kanada (seit 1991), der Heilige Stuhl (seit 1992), Japan (seit 1993) und Uruguay (seit 1995). Zu den teilnehmenden internationalen Organisationen gehört die EU-Kommission und das EU Committee of the Regions; von der OSZE beteiligt sich das Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR); besonderen Kooperationsstatus haben die Palestinian National Authority sowie Südafrika.<sup>7</sup> Jeder Mitgliedstaat hat das Recht, ein Mitglied und einen Stellvertreter in die Kommission zu entsenden;<sup>8</sup> bei diesen Mitgliedern muss es sich um unabhängige Experten handeln, die über herausragende fachliche Erfahrung in demokratischen Institutionen verfügen oder zur Weiterentwicklung des Rechts und der politischen Wissenschaft beigetragen haben.<sup>9</sup> Sie sind unabhängig und weisungsfrei<sup>10</sup> und werden für vier Jahre von den Regierungen ernannt, Verlängerung des Mandats ist möglich.<sup>11</sup> Die deutschsprachigen Länder sind wie folgt vertreten: aus Österreich: Prof. Dr. Christoph Grabenwarter, Vize-Präsident der Kommission, Vizepräsident des VfGH, Wien (Stv.: Prof. Dr. Katha-

\* Dr. Michael Fuchs, M.A., Magister rer. publ., Ministerialrat, Auswärtiger Ausschuss, Deutscher Bundestag, Berlin. Der Verfasser gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

<sup>1</sup> Der Text der Checklist steht im Internet zur Verfügung, Englisch: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e) – European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklist; Französisch: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-f) – Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Liste des critères de l'État de droit.

Wesentliche Textauszüge der Checklist wurden in HRLJ 2017, S. 184-198 veröffentlicht, mit Einführung von Andrew Drzemczewski, ebd. S. 179 ff.

<sup>2</sup> Vgl. zur Venedig-Kommission: Klaus Brummer, Der Europarat, 2008, S. 221 ff. und v.a.: Wolfgang Hoffmann-Riem, „Soft Law“ und „Soft Instruments“ in der Arbeit der Venedig-Kommission des Europarates in: FS für Brun-Otto Bryde, 2013, S. 595 ff., der die Kommission zutreffend als ein Organ des Europarates „sui generis“ charakterisiert.

<sup>3</sup> Die z.Zt. geltende Fassung der Satzung der Venedig-Kommission wurde am 21. Februar 2002 vom Ministerkomitee des Europarates in der Form einer Resolution angenommen, die in Englisch und Französisch verfügbar ist: CDL(2002)27.

<sup>4</sup> Dazu: Steffen Rülke, Venedig-Kommission und Verfassungsgerichtsbarkeit, 2003, und: Alexander Babajanyan, Integration des Südkaukasus in den Europarat, 2007, S. 135 ff.

<sup>5</sup> Dazu: Hoffmann-Riem (o. Fn. 2), S. 597.

<sup>6</sup> Vgl. Venice Commission, Annual Report of Activities 2016, veröffentlicht 2017, S. 7.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 5-8 Satzung.

<sup>8</sup> Art. 2 Abs. 2 Satzung.

<sup>9</sup> Art. 2 Abs. 1 Satz 1 Satzung: "(...) independent experts who have achieved eminence through their experience in democratic institutions or by their contribution to the enhancement of law and political science."

<sup>10</sup> Art. 2 Abs. 1 Satz 2 Satzung.

<sup>11</sup> Art. 2 Abs. 3 Satz 1 Satzung und dazu: Hoffmann-Riem (o. Fn. 2), S. 598.

rina Pabel, Universität Linz, sowie Dr. Johannes Schnizer, Richter am VfGH, Wien; *aus der Schweiz*: Prof. Dr. Regina Kiener, Universität Zürich (Stv.: Monique Jametti Greiner, Richterin am Schweizerischen Bundesgericht, Lausanne); *aus Deutschland*: Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, vormals Richter im Ersten Senat des BVerfG, Karlsruhe (Stv.: Monika Hermanns, Richterin im Zweiten Senat des BVerfG, Karlsruhe); *aus Liechtenstein*: Mitglied, z.Zt. nicht besetzt (Stv.: RA Wilfried Hoop, Partner, Hoop & Hoop).<sup>12</sup>

Im Laufe der Zeit hat sich die Kommission über ihren ursprünglich recht begrenzten Auftrag hinaus zu einem international angesehenen und unabhängigen Beratungsorgan im Verfassungsbereich entwickelt. Das konnte mehr als 20 Jahre nach den revolutionären Ereignissen im ehemaligen sowjetischen Machtbereich auch gar nicht anders sein: der Prozess der Verfassungsgebung in allen diesen Ländern ist längst abgeschlossen, teilweise gibt es sogar schon wieder roll-back-Bewegungen. Jedenfalls schieben sich seither immer mehr Detail- und Spezialprobleme in den Vordergrund der Beratungen der Venedig-Kommission. So wurde die Kommission in neuerer Zeit mehrfach im Zusammenhang mit rechtsstaatlichen Problemen in Russland, Polen und der Türkei angerufen. In Bezug auf Russland ging es in der *Opinion* 832/2015 um die Reform des Verfassungsgerichtsgesetzes (Kontrolle bzgl. der Umsetzung von EGMR-Entscheidungen), um die Begutachtung von Verfassungsänderungen und einfachgesetzlichen Änderungen bei der Finanzierung von NGOs durch ausländische Geldgeber und die Aktivitäten ausländischer und internationaler NGOs in Russland sowie die Vereinbarkeit eines verfassungsändernden russischen Gesetzes mit internationalem Recht, welches die Inkorporation der Krim in den russischen Staat sanktionieren sollte.<sup>13</sup> In Polen stand im Vordergrund der gutachtlichen Tätigkeit der Venedig-Kommission vor allem die Justizreform,<sup>14</sup> die bekanntlich auch die EU-Kommission auf den Plan gerufen hatte. Im Falle der Türkei ging es um die Begutachtung der im Anschluss an den 2016 versuchten Staatsstreich in diesem Land von der Regierung und dem dortigen Parlament beschlossenen gravierenden Maßnahmen.<sup>15</sup> Als Beleg für die gestiegene Bedeutung der Venedig-Kommission kann es auch gewertet werden, dass sich der katalanische Präsident im Zusammenhang mit den öffentlichkeitswirksamen Unabhängigkeitsbestrebungen Kataloniens, wenngleich ohne konkreten Antrag, u.a. auch an die Venedig-Kommission gewandt hatte.<sup>16</sup>

Hauptarbeitsbereiche der Kommission sind demokratische Institutionen und die Grundrechte, Wahlen, Referenda und politische Parteien sowie die Verfassungsgerichtsbarkeit. Im Rahmen des ersten Bereichs spielt die Rechtsstaatlichkeit eine ganz besondere Rolle. Ihre Fortentwicklung und die Verdeutlichung der Zusammenhänge zwischen Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechten zählen zu den Schwerpunktaufgaben des Europarates und der Venedig-Kommission. Die Rechtsstaatlichkeit ist der Venedig-Kommission so wichtig gewesen, dass sie dazu einen eigenen Unterausschuss eingerichtet hat,<sup>17</sup> insgesamt gibt es 12 Unterausschüsse.

## II. Entstehung der Checklist

Im Verlauf ihrer Tätigkeit hat die Venedig-Kommission schon früh die Notwendigkeit einer Operationalisierung des Rechtsstaatsprinzips erkannt. Gutachtliche Äußerungen zu und rechtsstaatliche Bewertungen von Verfassungs-, Gesetzes- und sonstigen Texten und Entwürfen können nicht im luftleeren Raum stattfinden, sondern müssen an handhabbaren Kriterien ausgerichtet sein, sollen sie sich nicht dem Vorwurf der Willkür oder der Beliebigkeit aussetzen. Einem vorbereitenden Bericht der Venedig-Kommission über die Rechtsstaatlichkeit vom 25./26. März

2011<sup>18</sup> war bereits eine erste noch stichwortartige Liste beigefügt, mittels derer der Zustand der Rechtsstaatlichkeit in einzelnen Staaten gemessen werden sollte. Erst mit dem weiteren Bericht vom 11./12. März 2016<sup>19</sup> hat diese Checklist ihre heutige Gestalt erreicht, sie wurde von einem

<sup>12</sup> Vgl. Annual Report (o. Fn. 6), S. 74 f.

<sup>13</sup> Zu Russland vgl.: *Opinion Nr. 832/2015*, CDL-AD(2016)016 v. 13.6.2016 (Final opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court, *beantragt vom* Legal Affairs Committee der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (PACE); *Opinion Nr. 814/2015*, CDL-AD(2016)020 v. 13.6.2016 (Opinion on Federal Law no. 129-FZ on Amending Certain Legislative Acts, *beantragt vom* PACE Committee on Legal Affairs and Human Rights); *Opinion Nr. 763/2014*, CDL-AD(2014)004 v. 21.3.2014 (Opinion on "Whether draft Federal Constitutional Law No. 462741-6, on Amending the Federal Constitutional Law of the Russian Federation, on the Procedure of Admission to the Russian Federation and Creation of a New Subject within the Russian Federation is compatible with International Law", *beantragt vom* Generalsekretär des Europarates). Zum hier eingangs erwähnten Gutachten Nr. 832/2015 der Venedig-Kommission siehe ausführlich *Matthias Hartwig*, Vom Dialog zum Disput?, Verfassungsrecht vs. Europäische Menschenrechtskonvention – Der Fall der Russländischen Föderation, EuGRZ 2017, 1 (S. 8 ff.).

<sup>14</sup> Zu Polen vgl.: *Opinion Nr. 904/2017*, CDL-AD(2017)031 v. 11.12.2017 (Opinion on the draft Act Amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the draft Act Amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, *beantragt vom* Präsidenten der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (PACE); *Opinion Nr. 892/2017*, CDL-AD(2017)028 v. 11.12.2017 (Opinion on the Act on the Public Prosecutor's Office as Amended, *beantragt vom* PACE Monitoring Committee); *Opinion Nr. 860/2016*, CDL-AD(2016)026 v. 14.10.2016 (Opinion on the Act of the Constitutional Tribunal, *beantragt vom* Generalsekretär des Europarates).

<sup>15</sup> Zur Türkei vgl.: *Opinion Nr. 888/2017*, CDL-AD(2017)021 v. 9.10.2017 (Opinion on the Provisions of the Emergency Decree Law n° 674 of 1 September 2016 which concern the Exercise of Local Democracy in Turkey, *beantragt vom* Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe); *Opinion Nr. 875/2017*, CDL-AD(2017)005 v. 13.3.2017 (Opinion on the Amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, *beantragt vom* Monitoring Committee der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (PACE); *Opinion Nr. 872/2016*, CDL-AD(2017)007 v. 13.3.2017 (Opinion on the measures provided in the recent Emergency Decree Laws with Respect to Freedom of the Media, *beantragt vom* PACE Committee on Political Affairs and Democracy); *Opinion Nr. 865/2016*, CDL-AD(2016)037 v. 12.12.2016 (Opinion on Emergency Decree Laws in Turkey adopted following the failed coup of 15 July 2016, *beantragt vom* PACE Monitoring Committee, voller Wortlaut in HRLJ 2016, 453); *Opinion Nr. 858/2016*, CDL-AD(2016)027 v. 14.10.2016 (Opinion on the Suspension of the Second Paragraph of Article 83 of the Constitution [Parliamentary Inviolability], *beantragt vom* PACE-Präsidenten).

<sup>16</sup> Vgl. Brief v. 29.05.2017 und Antwort des Präsidenten der Venedig-Kommission v. 22.6.2017, in der darauf verwiesen wird, dass die Kommission wiederholt unterstrichen habe, dass Referenda in voller Übereinstimmung mit der jeweiligen Verfassung und dem einschlägigen nationalen Recht durchgeführt werden müssten (beide unveröff.). Zu dem laufenden Verfahren vor dem OLG Schleswig bzgl. des Auslieferungshaftbefehls gegen Carles Puigdemont vgl. den Beschluss des OLG Schleswig vom 5.4.2018, EuGRZ 2018, 356 (in diesem Heft).

<sup>17</sup> Dessen Vorsitzender ist *Wolfgang Hoffmann-Riem*, vgl. Annual Report 2016 (o. Fn. 6), S. 80, ein deutscher Staatsrechtslehrer, dessen Handschrift in der Rule of Law Checklist deutlich erkennbar ist.

<sup>18</sup> Vgl. Dokument CDL-AD(2011)003rev.

<sup>19</sup> Der oben in Fn. 1 erwähnten Rule of Law Checklist liegt also das Dokument CDL-AD(2016)007 vom 18.3.2016 zugrunde, Study No. 711/2013 = HRLJ 2017, 184 ff.

9-köpfigen Expertengremium vorbereitet, nämlich von (in alphabetischer Reihenfolge):<sup>20</sup>

Sergio BARTOLE (stv. Mitglied, Italien [Rechtsprofessor, Universität Pavia, 1977-1982, später Rechtswissenschaftliche Fakultät Triest]); Veronika BÍLKOVÁ (Mitglied, Tschechische Republik [Lehrbeauftragte, Rechtsfakultät der Karls-Universität, Prag]); Sarah CLEVELAND (Mitglied, USA [Professur für Menschenrechte und Verfassungsrecht, Columbia Law School, Mitglied UN Human Rights Committee]); Paul CRAIG (stv. Mitglied, Vereinigtes Königreich [Rechtsprofessor, Oxford University]); Jan HELGESEN (Mitglied, Norwegen [vormals Präsident und Erster Vize-Präsident der Venedig-Kommission, Professor, Universität Oslo]); Wolfgang HOFFMANN-RIEM (Mitglied, Deutschland [Rechtsprofessor, vormals Richter des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe (1999-2008), seit 2012 Affiliate Professor, Bucerius Law School, Hamburg]); Kaarlo TUORI (Mitglied, Finnland [Professor für Verwaltungsrecht, Universität Helsinki, Erster Vize-Präsident der Venedig-Kommission seit Juni 2016]); Pieter VAN DIJK, (ehem. Mitglied, Niederlande [Rechtsprofessor, vorm. Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte [1996-1998] und Richter am Staatsrat]); Sir JEFFREY JOWELL (vorm. Mitglied, Vereinigtes Königreich [Professor emer. für öffentliches Recht, University College London, vorm. Direktor, Bingham Centre for the Rule of Law, 2010-2015]).

Die Rechtsstaats-Checklist der Venedig-Kommission konnte auf einer Reihe ähnlicher Dokumente aufbauen, hat diese jedoch im Sinne eines operativ handhabbaren Kriterienkatalogs deutlich weiterentwickelt. Als Vorläufer wären zu nennen der von der EU-Kommission im Jahre 2014 entwickelte Mechanismus zur Stärkung des Rechtsstaats,<sup>21</sup> die Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen aus dem Jahre 2012 über die Bedeutung des Rechtsstaates auf nationaler und internationaler Ebene<sup>22</sup> und die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen im September 2015 beschlossenen Sustainable Development Goals, die unter 169 Zielen auch das Ziel der Förderung der Rechtsstaatlichkeit enthalten.<sup>23</sup>

Die Venedig-Kommission kann von Amts wegen und auf Antrag tätig werden. Es gibt eine große Anzahl von Antragsberechtigten. Nach Art. 3 der Satzung gehören dazu an erster Stelle die Organe des Europarates, d.h. das Ministerkomitee, die Parlamentarische Versammlung, der Kongress der lokalen und regionalen Gebietskörperschaften und der Generalsekretär. Antragsberechtigt sind ferner aus dem Kreis der 61 Mitgliedstaaten deren Parlamente, Regierungen und Staats- und Regierungschefs; die Befugnis steht auch den in die Arbeit der Kommission eingebundenen internationalen Organisationen bzw. Institutionen zu. Die Kommission kann nach Art. 3 Abs. 1 der Satzung auch von Amts wegen tätig werden, jedoch ohne damit die Kompetenzen der Organe des Europarates zu präjudizieren. Die Rechtsstaats-Checklist hatte die Kommission von Amts wegen erarbeitet. Obwohl sich die Arbeitsweise der Venedig-Kommission üblicherweise hinter verschlossenen Türen vollzieht und ihre Arbeitsprodukte nur selten von der Fachöffentlichkeit zur Kenntnis genommen werden,<sup>24</sup> sollte dieses Schicksal ihrer Rechtsstaats-Checklist aus gleich dazulegenden Gründen aber doch erspart bleiben.

### III. Inhalt der Checklist

Auf welchem Weg gelangte die Venedig-Kommission zu ihrer Rechtsstaats-Checklist? Sie hat sich für eine induktive und nicht für eine deduktive Methode entschieden. Dies sieht die Kommission der Tatsache geschuldet, dass es keine allgemein anerkannte Definition des Begriffs Rechtsstaat gibt und rein formale Definitionen wie etwa

„Rule by Law“ oder „Law by Rules“ nicht ausreichend sind.<sup>25</sup> Es kommt hinzu, dass es sich bei der Rechtsstaatlichkeit nur um *einen* Bestandteil der drei Gründungsprinzipien des Europarates handelt, neben Demokratie und Menschenrechten. Auch die zwischen diesen Elementen bestehenden Querverbindungen verbieten eine rein formale Betrachtungsweise. Die Kommission ging deshalb davon aus, dass der Begriff des Rechtsstaats ein System vorhersehbarer und sicherer Rechts erfordert, in welchem jedermann das Recht hat, von allen Amtsträgern mit Würde und unter Beachtung der Grundsätze der Gleichheit und Objektivität in Übereinstimmung mit den Gesetzen behandelt zu werden und in dem jedermann das Recht hat, Entscheidungen vor unabhängigen Gerichten in fairen Verfahren überprüfen zu lassen. Ausgangspunkt der Überlegungen der Kommission war damit zutreffender Weise der Einzelne als Inhaber von Menschenrechten, denen sich das gesamte Rechtssystem eines Staates anzupassen hat und nicht umgekehrt.<sup>26</sup> Enge und formale Rechtsstaatsdefinitionen verbieten sich nach Ansicht der Kommission auch schon deswegen, weil das Rechtsstaatskonzept der Tatsache Rechnung tragen muss, dass diese Menschenrechte nicht nur von Staaten, sondern auch von hybriden Akteuren und sogar Privaten beeinträchtigt werden können, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, sowie vor allem auch durch internationale und supranationale Organisationen.<sup>27</sup> Die Kommission hat sich daher konzentriert auf Kernelemente des Rechtsstaats, über die Konsens besteht und die nicht nur formal, sondern auch substantiell sind (materieller Rechtsstaatsbegriff). Neben den Menschenrechten identifiziert sie fünf derartige Kernelemente:

#### Die fünf übergeordneten Benchmarks A bis E

- A. Legality – Gesetzmäßigkeit
- B. Legal certainty – Rechtssicherheit
- C. Prevention of abuse (misuse) of powers – Willkürverbot
- D. Equality before the law and non-discrimination – Gleichheit vor dem Gesetz und Nicht-Diskriminierung
- E. Access to justice – Justizgewährung

Die vorstehend unter A. bis E. aufgezählten Kernelemente des Rechtsstaats werden in dem Checklist-Dokument unter der Überschrift II. Benchmarks durch eine ganze Reihe interessanter und jeweils zielführender Fragen erschlossen und durch ihnen zugeordnete Referenzdokumente des hard und des soft law operativ handhabbar gemacht. Es ist gerade dieser Mix aus klassischen Rechtsstaatskriterien und modernen Messinstrumenten, der die Checklist der Venedig-Kommission so innovativ erschei-

<sup>20</sup> Das Dokument, mit dem die Venedig-Kommission ihre Berichte vorlegt, verwendet regelmäßig – so auch hier – die Formulierung: „Report ... on the basis of comments by ...“.

<sup>21</sup> Communication from the European Commission „A New EU-Framework to strengthen the Rule of Law“, COM (2014) 158 final/2.

<sup>22</sup> Joint Publication of DPKO and OHCHR (UN Department of Peacekeeping Operations and Office of the UN High Commissioner for Human Rights), vgl. Fn. 8 der Checklist (o. Fn. 19).

<sup>23</sup> Vgl. Ziel Nr. 16.3, GA-Res. 70/1/2015.

<sup>24</sup> Zu letzterem Aspekt ausdrücklich: Hoffmann-Riem (o. Fn. 2), S. 608; angesichts des enormen wissenschaftlichen Inputs in die Kommission ist das nicht ganz nachvollziehbar.

<sup>25</sup> Vgl. Ziff. 15 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>26</sup> Checklist (o. Fn. 19), ebenda; das entspricht der platonischen Staatstheorie, wonach der Staat aus des Menschen eigener „Bedürftigkeit“ geschaffen wird; vgl. Platon, Der Staat, Reclam, 2016, S. 139.

<sup>27</sup> Ziff. 16 Checklist (o. Fn. 19).

nen lässt und – so ist zu hoffen – ihr weiteste Verbreitung gewährleisten wird.

#### A. Gesetzmäßigkeit (Benchmark A – Legality)

Seit Aristoteles wissen wir, dass es „vorzuziehen (ist), dass eher das Gesetz herrscht als irgendein Bürger“ und „dass die Gesetze so gegeben sein müssen, dass sie die Verfassung zur Grundlage nehmen“.<sup>28</sup> Nichts anderes meint die Venedig-Kommission mit ihrer ersten Rechtsstaats-Benchmark „Gesetzmäßigkeit“ (A. Legality). Diese wird wiederum wie folgt gegliedert:

##### Benchmark A:

Die acht Einzelelemente des Gesetzmäßigkeitskriteriums

- (A.1) Vorrang des Gesetzes (Supremacy of the law)
- (A.2) Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (Compliance with the law)
- (A.3) Beziehungen zwischen internationalem und nationalem Recht (Relationship between international law and domestic law)
- (A.4) Rechtssetzungsbefugnisse der Exekutive (Law-making powers of the executive)
- (A.5) Gesetzgebungsverfahren (Law-making procedures)
- (A.6) Recht des Ausnahmezustands (Exceptions in emergency situations)
- (A.7) Gesetzesvollzug (Duty to implement the law) und
- (A.8) Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private<sup>29</sup> (Private actors in charge of public tasks).

Beim *Vorrang des Gesetzes (A.1)* legt die Kommission großen Wert auf die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen. Sie tut dies deswegen, weil nach ihrer Auffassung die gerichtliche Überprüfung staatlicher Akte und Entscheidungen universell anerkannt sei im Gegensatz zur Überprüfung einfachen Rechts an Verfassungen. Interessanterweise wird eine Verfassungsgerichtsbarkeit dafür zwar für wünschenswert, aber nicht für zwingend erforderlich erachtet. Als ausreichend wird vielmehr, wie in Finnland, die Überprüfung durch einen speziellen Ausschuss, etwa einen Verfassungsausschuss, angesehen.<sup>30</sup> Der *Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (A.2)* wiederum wird als essentiell bewertet. Dabei muss nicht nur die Legitimation zum Tätigwerden gesetzlich geregelt sein, das Tätigwerden selbst muss sich auch im Rahmen des formellen und materiellen Rechts vollziehen.<sup>31</sup>

Die Rechtsstaats-Checklist thematisiert eigens das *Verhältnis von internationalem zu nationalem Recht (A.3)*. Das versteht sich für ein europäisches bzw. internationales Regelwerk von selbst, drängt sich aber im Zeitalter der Europäisierung und Globalisierung ohnehin und ebenfalls von selbst auf. Die Kommission weist darauf hin, dass dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im internationalen Recht der Grundsatz *pacta sunt servanda* entspricht,<sup>32</sup> das internationale Recht aber über keine Möglichkeiten verfüge, sich zu seiner Anwendung in nationalem Recht zu äußern. Deswegen sieht es die Kommission als wünschenswert an, dass das nationale Recht Regelungen enthält über die Bindung der Staaten an das Völkerrecht. Dass sich ein Staat nicht auf sein innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrags zu rechtfertigen, ergibt sich jedoch auch unabhängig davon schon aus Art. 27 WVRK. Ist Völkerrecht Bestandteil des nationalen Rechts, so ist es nach zutreffender Auffassung der Venedig-Kommission bindendes Recht. Es muss nicht notwendigerweise dem Verfassungsrecht oder dem einfachen Recht vorgehen.<sup>33</sup>

Als rechtsstaatsrelevant sieht die Venedig-Kommission zu Recht die *Rechtssetzungsbefugnisse der Exekutive (A.4)* an. Unbeschränkte Befugnisse der Exekutive können

nach zutreffender Auffassung der Kommission de jure oder de facto Vorzeichen absolutistischer und diktatorischer Systeme sein, wie jüngste Beispiele lehren. Im Zeitalter des Konstitutionalismus sind daher Vorkehrungen dagegen und für den Vorrang des Gesetzes unentbehrlich. Art. 80 GG, Art. 76 Verfassung Italiens, Art. 92 Verfassung Polens oder Art. 290 Abs. 1 AEUV enthalten hierzu beispielgebende Vorkehrungen.<sup>34</sup> Diese Thematik ist der Kommission so wichtig, dass sie auf sie im Zusammenhang mit dem Recht des Ausnahmezustandes noch einmal zurückkommt.

Eingedenk der Luhmann'schen Erkenntnis, dass Legitimation auch durch Verfahren erlangt werden kann,<sup>35</sup> widmet die Venedig-Kommission auch dem *Gesetzgebungsverfahren (A.5)* besondere Aufmerksamkeit. Hierbei wird die enge Verbindung des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit mit dem Demokratieprinzip besonders deutlich. Das Gesetzgebungsverfahren muss nach Auffassung der Venedig-Kommission transparent, zurechenbar (accountable), inklusiv und demokratisch sein. Dabei spielen Gesichtspunkte wie die Öffentlichkeit von Plenardebatten, das Recht des Einzelnen auf Zugang zu Gesetzentwürfen ebenso eine Rolle wie die Möglichkeit für die Öffentlichkeit, gesetzgeberischen Input zu liefern, sowie die Gewährleistung der Rechte des Parlaments bei Entwurf, Behandlung und Umsetzung internationaler Verträge.<sup>36</sup> Gerade die letzten beiden Punkte machen deutlich, welche Höhe die von der Venedig-Kommission erarbeiteten Rechtsstaats-Standards haben. Selbst in entwickelten Rechtsstaaten und parlamentarischen Demokratien, wie der Bundesrepublik Deutschland, sind nicht alle der erwähnten Kriterien gleichermaßen zufriedenstellend gewährleistet. Als Beispiel sei lediglich die Rolle erwähnt, die der Deutsche Bundestag in der Außen-, Sicherheits- und Europapolitik spielt. Das Parlament musste sich in diesen Bereichen mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts eigene Mitwirkungsrechte erkämpfen, die einen unübersichtlichen Flickenteppich an Beteiligungssystemen haben entstehen lassen.<sup>37</sup>

Wenn es zutrifft, dass „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand herrscht“,<sup>38</sup> kann das in einem Rechtsstaat nur das frei gewählte Parlament sein. Völlig zu Recht widmet die Venedig-Kommission dem *Recht des Ausnahmezustandes (A.6)* daher ein ganz besonderes Augenmerk.<sup>39</sup> Dieses ist nämlich mehr als rechtsstaatssensibel. Die Sicherheit eines Staates und seiner demokratischen Institutionen ist von hohem Wert und bedarf besonderen Schutzes, weil die Gefahr besteht, dass Ausnahmesituationen

<sup>28</sup> Vgl. *Aristoteles*, Politik, Meiner Verlag 2012, S. 125 (109, 133).

<sup>29</sup> Vgl. Ziff. 44-56 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>30</sup> Vgl. Ziff. 44, ferner Ziff. 108 Checklist (o. Fn. 19), in der die Venedig-Kommission zur Rechtslage in Finnland auf ihr Gutachten CDL-AD(2008)010 verweist, Opinion on the Constitution of Finland, §§ 115 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Ziff. 44 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>32</sup> Vgl. Art. 26 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) v. 23.5.1969 (BGBl. 1985 II S. 927).

<sup>33</sup> Vgl. Ziff. 47 + 48 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>34</sup> Vgl. die Aufzählung in Fn. 28 der Checklist (o. Fn. 19).

<sup>35</sup> Vgl. *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 6. Aufl. 2001.

<sup>36</sup> Vgl. Benchmark A.5 – Law-making procedures, vor Ziff. 50, Checklist (o. Fn. 19), sowie *Winfried Kluth / Günter Krings* (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014.

<sup>37</sup> Dazu ausführlich jetzt: *Michael Fuchs*, Parlamentarische Mitwirkungsregime in der Außen-, Sicherheits- und Europapolitik, 2018.

<sup>38</sup> So ein berühmtes Zitat eines umstrittenen deutschen Juristen, *Carl Schmitt*, Politische Theologie, 8. Aufl. 2004, S. 13

<sup>39</sup> Benchmark A.6 – Exceptions in emergency situations, vor Ziff. 51, Checklist (o. Fn. 19).

von autoritären Regierungen verstetigt werden und zur Beschränkung oder vollständigen Abschaffung von Menschenrechten und Oppositionsrechten missbraucht werden können. Strikte Aussagen über die Voraussetzungen des Ausnahmezustandes, seine Grenzen und die Art der Ausnahmebefugnisse sowie die Statuierung notfallfester Rechte<sup>40</sup> sind daher unentbehrlich. Die Kommission weist zutreffend darauf hin, dass die Sicherheit des Staates und der Öffentlichkeit effektiv nur in einer funktionierenden Demokratie gewährleistet werden können, die strikt dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtet ist und parlamentarische und gerichtliche Kontrolle auch in derartigen Ausnahme-situationen gewährleistet.<sup>41</sup>

Es gehört zur Essenz des Rechtsstaatsprinzips, dass Recht nicht nur in den Gesetzbüchern stehen darf, sondern dass es auch befolgt werden muss. Der *Gesetzesvollzug (A.7)* erfordert nach Ansicht der Kommission dreierlei: Gesetzesgehorsam des Individuums, Verpflichtung des Staates zum Gesetzesvollzug und Gesetzesbindung der Beamten. Hindernisse auf dem Weg zum ordentlichen Gesetzesvollzug, die es nach Ansicht der Kommission auszuschalten, gilt, können der rechtswidrige Gesetzesvollzug durch die Beamten, aber auch die mangelnde Qualität der Gesetze sein. Die Kommission schlägt daher in Bezug auf die Vollzugseignung und Qualität von Gesetzen sowohl ex ante- als auch ex post-Evaluationen vor,<sup>42</sup> auch dies ehrgeizige Kriterien selbst für entwickelte demokratische Rechtsstaaten.

Angesichts der Häufigkeit der *Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private (A.8)*<sup>43</sup> legt die Kommission großes Gewicht auf deren Gesetzesbindung und deren rechtsstaatliche Verantwortlichkeit.<sup>44</sup> Es darf dem Staat nicht möglich sein, sich durch die Wahl der Rechtsform dieser Bindungen zu entledigen.

## B. Rechtssicherheit (Benchmark B – Legal certainty)

Die sieben Einzelemente des Rechtssicherheitskriteriums

- (B.1) Zugänglichkeit von Gesetzgebung (Accessibility of legislation)
- (B.2) Zugänglichkeit von Gerichtsentscheidungen (Accessibility of court decisions)
- (B.3) Vorhersehbarkeit des Rechts (Foreseeability of the laws)
- (B.4) Berechenbarkeit des Rechts (Stability and consistency of law)
- (B.5) Vertrauensschutz (Legitimate expectations)
- (B.6) Rückwirkungsverbot (Non-retroactivity)
- (B.7) Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege

Eine der wichtigsten Ausprägungen des Rechtsstaates ist die Rechtssicherheit. Essentiell dafür ist zunächst die Zugänglichkeit von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen, was deren Veröffentlichung voraussetzt.<sup>45</sup> Erkenntnisleitende Fragen der Venedig-Kommission sind in diesem Zusammenhang daher, ob Gesetze vor Inkrafttreten veröffentlicht werden und ob sie leicht und vor allem kostenfrei zugänglich sind z. Bsp. per Internet oder über ein offizielles Gesetzblatt. Im Falle von Gerichtsentscheidungen können Beschränkungen im Interesse individueller Rechte unumgänglich sein, als Beispiel wird der Schutz Minderjähriger im Strafverfahren erwähnt.<sup>46</sup> Jedenfalls sind Beschränkungen stets begründungsbedürftig.

Als wesentliche Elemente der Rechtssicherheit benennt die Venedig-Kommission die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Rechts, den Vertrauensschutz, das Rückwirkungsverbot sowie die Grundsätze nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege und das Prinzip der res iudicata.<sup>47</sup> Dazu errichtet die Kommission wichtige und beherzigenswerte Maßstäbe etwa zur Gesetzessprache, zur Verständlichkeit und Klarheit der Gesetze, v.a. auch zu den

so genannten Artikelgesetzen,<sup>48</sup> zur Frühwarnung bei geplanten Gesetzesänderungen und zu deren verfahrensmäßigen und materiellen Voraussetzungen. Die diesbezüglichen Benchmarks der Venedig-Kommission laufen auf das hinaus, was in der deutschen Jurisprudenz derzeit unter der Überschrift „Rationalität der Gesetzgebung“ diskutiert wird.<sup>49</sup>

## C. Willkürverbot (Benchmark C – Prevention of abuse (misuse) of powers)

Das Willkürverbot gehört zu den Grundpfeilern des Rechtsstaats. Besonderes Augenmerk verdienen dabei Ermessensentscheidungen, denen die Venedig-Kommission daher zu Recht ihre Aufmerksamkeit widmet.<sup>50</sup> Für Ermessensentscheidungen essentiell sind eine gesetzliche Grundlage sowie genaueste Voraussetzungen und Grenzen. Zu den Sicherungen gegen Verstöße gegen das Willkürverbot und Ermessensfehlgebrauch zählt zu allererst die gerichtliche Überprüfbarkeit. Die Venedig-Kommission hält auch andere unabhängige Überprüfungs-möglichkeiten für akzeptabel, der Ombudsmann wird als Beispiel genannt (vgl. Ziff. 67 der Checklist).

## D. Gleichheit vor dem Gesetz und Nicht-Diskriminierung (Benchmark D – Equality before the law and non-discrimination)

Die vier Einzelemente des Diskriminierungsverbots

- (D.1) Ist der Grundsatz in der Verfassung verankert? (Principle)
- (D.2) Nicht-Diskriminierung (Non-discrimination)
- (D.3) Gleichheit im Gesetz (Equality in law)
- (D.4) Gleichheit vor dem Gesetz (Equality before the law)

Dass das Recht „für Gleiche Gleichheit schaffen“ müsse, war schon eine grundlegende Erkenntnis von Aristoteles.<sup>51</sup> Moderne Ausprägungen dieser Erkenntnis im Rechtsstaat sind die Grundsätze der Gleichheit im Gesetz, der Gleichheit vor dem Gesetz und der Nicht-diskriminierung. Diese fundamentalen Grundsätze müssen im Recht angelegt sein, soll von einem Rechtsstaat gesprochen werden können.<sup>52</sup> Als Testfall für den Grundsatz der Gleichheit im Gesetz thematisiert die Kommission ausdrücklich die parlamentarische Immunität, die nie absolut sein dürfe. Vielmehr müsse diese in einem klaren und unparteiischen Verfahren aufgehoben werden können.

<sup>40</sup> Etwa nach dem Vorbild von Art. 4 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966 (BGBl. 1973 II S. 1553).

<sup>41</sup> Vgl. Ziff. 51 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>42</sup> Vgl. Ziff. 54 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>43</sup> Dazu für das deutsche Recht nur: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, S. 245 (394).

<sup>44</sup> Vgl. Benchmark A.8 – Private actors in charge of public tasks, vor Ziff. 56, Checklist (o. Fn. 19).

<sup>45</sup> Vgl. *Timo Holzborn*, Die Geschichte der Gesetzespublikation, 2003, sowie: *Wolff u.a.* (o. Fn. 43), S. 304

<sup>46</sup> Ziff. 57 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>47</sup> Vgl. Ziff. 58 ff. Checklist (o. Fn. 19).

<sup>48</sup> Vgl. dazu: *Thomas N. Lachner*, Das Artikelgesetz, 2007.

<sup>49</sup> Dazu neuestens: *Armin Steinbach*, Rationelle Gesetzgebung, 2017.

<sup>50</sup> Vgl. Ziff. 65 Checklist (o. Fn. 19), sowie: *Wolff u.a.* (o. Fn. 43), S. 342 ff., 349 ff.

<sup>51</sup> Vgl. Politik (o. Fn. 28), S. 109.

<sup>52</sup> Vgl. Ziff. 70 ff. Checklist (o. Fn. 19).

### E. Justizgewährungsanspruch (Benchmark E – Access to justice)

Die diversen Einzelelemente des Justizgewährungsanspruchs

- (E.1) Unabhängigkeit und Unparteilichkeit (Independence and impartiality)
  - a. Unabhängigkeit der Gerichte (Independence of the judiciary)
  - b. Unabhängigkeit der Richterschaft (Independence of individual judges)
  - c. Unparteilichkeit der Gerichte (Impartiality of the judiciary)
  - d. Staatsanwaltschaft: Autonomie und Kontrolle (The prosecution service: autonomy and control)
  - e. Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Anwaltschaft (Independence and impartiality of the Bar)
- (E.2) Faires Verfahren (Fair trial)
  - a. Zugang zu Gericht (Access to courts)
  - b. Unschuldsumutung (Presumption of innocence)
  - c. Weitere Aspekte des Rechts auf ein faires Verfahren (Other aspects of the right to a fair trial)
  - d. Wirksamkeit richterlicher Entscheidungen (Effectiveness of judicial decisions)
- (E.3) Verfassungsgerichtsbarkeit, sofern vorgesehen (Constitutional justice (if applicable))

Keiner Benchmark hat die Venedig-Kommission so viel Aufmerksamkeit zuteil werden lassen wie dem Justizgewährungsanspruch und der Rechtsweggarantie.<sup>53</sup> Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte, faires Verfahren und Verfassungsgerichtsbarkeit sind die drei Kriterien, die die Venedig-Kommission anlegt. Wer sich die erwähnten jüngsten Entwicklungen in der Türkei, aber auch in europäischen Ländern wie Polen und Ungarn in Erinnerung ruft, wird die hohe Bedeutung und den ungeheuren Nachdruck verstehen, den die Kommission diesen Aspekten beimisst. Wer den Rechtsstaat aushöhlen, ihn beschädigen oder außer Kraft setzen will, hat es schon immer verstanden, die Axt an die Justiz zu legen. Ihr besonderer Schutz ist für die Rechtsstaatlichkeit somit essentiell. Die diesbezüglichen Ausführungen der Kommission reflektieren eindeutig auch die neuesten Entwicklungen in Polen und der Türkei.

Deswegen betont die Kommission in ihren Benchmarks besonders die Stellung von Richtern, ihre Bestellung und Beförderung sowie ihre Amtszeit und ihre Besoldung.<sup>54</sup> Nicht minder sensibel sind die Benchmarks der finanziellen Unabhängigkeit der Justiz, Fragen politischer Einflussnahme auf Richter, Gerichte und Verfahren sowie die Stellung von Staatsanwaltschaft und Anwaltschaft. Ähnlich hohe Maßstäbe legt die Kommission hinsichtlich der Garantien für ein faires Verfahren an, unter besonderer Betonung der Unschuldsumutung und des effektiven Rechtsschutzes. Wie virulent gerade Letzteres auch in fortgeschrittenen parlamentarischen Rechtsstaaten sein kann, beweist gerade die Situation der Bundesrepublik Deutschland. Es bedurfte mehrerer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR, um dem Problem überlanger Verfahrensdauer gerecht zu werden,<sup>55</sup> die schließlich sogar in ein eigenes Gesetz mündeten, das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.<sup>56</sup> Interessant ist, dass die Venedig-Kommission bei der Justiz und nur hier in ihre Benchmarks auch die Öffentlichkeit mit einbezieht. Deren Wahrnehmung von der Stellung und Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Korruptionsanfälligkeit der Justiz in einem konkreten Land soll als wichtiges Kriterium in die Rechtsstaatlichkeitsbeurteilung mit einfließen.<sup>57</sup> Damit soll ersichtlich die Beurteilung auf ein breiteres Fundament gestellt und vermieden werden, dass

Unabhängigkeit der Justiz und faires Verfahren nur auf dem Papier stehen und ihre Ausformungen in der Praxis ignoriert werden. Ein schwieriges, aber offensichtlich erforderliches Unterfangen.

Das abschließende Kapitel F. widmet die Venedig-Kommission zwei weiteren für wichtig erachteten Problembereichen, nämlich einerseits der Gefährdung des Rechtsstaats durch Korruption und Interessenkonflikte und andererseits der Sammlung von Daten und dem Datenschutz.<sup>58</sup>

### IV. Bedeutung der Checklist

Die von der Venedig-Kommission erarbeiteten Rechtsstaatskriterien sind ein einzigartiges Dokument. In sie haben vielfältige Grundsätze, Traditionen und Entwicklungen Eingang gefunden. Ebenso viele Erwartungen kreuzen sich in ihnen. Diese Kriterien sind Ergebnis und Produkt eines intensiven interaktiven Diskurses zwischen Rechtswissenschaft, Rechtspraxis und Politik. Sie sind daher von nicht zu unterschätzender Bedeutung für alle drei Bereiche. Die Standards sind sehr hoch und das müssen sie wegen Bedeutung und Stellenwert des Rechtsstaatsprinzips auch sein. Gleichzeitig bergen sie ein hohes Entwicklungspotenzial, auch mit Blick auf andere Weltregionen und

<sup>53</sup> Vgl. Ziff. 74-113 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>54</sup> Wie sensibel gerade letzteres Kriterium (in den Worten der Venedig-Kommission: eine faire und ausreichende Besoldung) auch in entwickelten Rechtsstaaten, wie der Bundesrepublik Deutschland ist, beweisen acht Beschlüsse des BVerwG vom 22.9.2017 (2 C 56.16, u.a.), mit denen das BVerwG das BVerfG wegen verfassungswidriger Unteralimentation von Richtern angerufen hat (vgl. BVerwG-Pressemitteilung Nr. 65 vom 22.9.2017).

<sup>55</sup> Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung: „Wirksamer Rechtsschutz bedeutet ... auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit“, vgl. z.Bsp. BVerfGE 55, 349 (369) – Rudolf-Hess-Beschluss = EuGRZ 1981, 140 (143); 93, 1 (13) – Kreuzifix-Beschluss = EuGRZ 1995, 359 (362).

Der EGMR hatte mit Urteil der Großen Kammer vom 8.6.2006 im Fall *Stürmeli gegen Deutschland*, 75529/01 = EuGRZ 2007, 255 zwar eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (überlange Verfahrensdauer) festgestellt, jedoch in Ziff. 138 des Urteils ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im September 2005 im Bundestag ein Gesetzentwurf vorgelegt worden war „mit dem ein neuer Rechtsbehelf in Bezug auf Untätigkeit in das deutsche Recht eingeführt werden soll [Untätigkeitsbeschwerdengesetz] ... Der Gerichtshof ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, dass die Regierung mit ihrer Entscheidung für einen vorbeugenden Rechtsbehelf den Weg beschritten hat, der dem Geist des Schutzsystems nach der Konvention am Ehesten entspricht“ (...). [Ziff. 139]: „Der Gerichtshof begrüßt diese Initiative und kann keinen Grund für die Annahme feststellen, dass dieser Weg nicht weiter verfolgt wird; er regt die zügige Verabschiedung [Hervorh. d. Verf.] eines Gesetzes mit den in dem genannten Gesetzentwurf enthaltenen Regelungen an. Aus diesem Grund hält er es nicht für erforderlich, allgemeine Maßnahmen auf innerstaatlicher Ebene zu nennen, die bei der Durchführung dieses Urteils geboten sein könnten.“ Die im *Stürmeli-Urteil* 2006 geäußerte Zuversicht des EGMR hinsichtlich einer „zügigen Verabschiedung“ des Gesetzes wurde enttäuscht. Vielmehr war es notwendig, vier Jahre später nun doch ein erstes Piloturteil gegen Deutschland zu fällen, in dem der EGMR im Fall *Rumpf gegen Deutschland*, 2.9.2010, 46344/06 = EuGRZ 2010, 700, Verletzung von Art. 6 der Konvention wegen überlanger Verfahrensdauer feststellte, diesmal mit Fristsetzung von einem Jahr für strukturelle Abhilfe. Das nachstehend in Fn. 56 erwähnte Gesetz wurde tatsächlich fristgerecht erlassen.

Der EGMR hatte Deutschland seit 1978 in insgesamt 24 Verfahren wegen überlanger Gerichtsverfahren verurteilt, vgl. dazu kürzlich: *Lucia Hofmarksrichter*, Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren im Lichte der Vorgaben des EGMR, 2017, S. 13 ff.

<sup>56</sup> Vom 24.11.2011 (BGBl. I S. 2302), jetzt: §§ 198 ff. GVG.

<sup>57</sup> Vgl. Ziff. 74, 85, 97 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>58</sup> Vgl. dazu ausführlich: Ziff. 114 ff. Checklist (o. Fn. 19).

ihre maßgeblichen Akteure, wie die Parlamentarische Versammlung des Europarates im Oktober 2017 in ihrer die Rechtsstaats-Checklist indossierende Resolution zu Recht erwähnt.<sup>59</sup>

### A. Wissenschaft

Die Rechtsstaatskriterien sind der erste Versuch überhaupt, den Rechtsstaat begrifflich operationalisierbar zu machen. Obwohl auch diese Kriterien keine Definition des Rechtsstaats darstellen, wie ihre Urheber unumwunden einräumen,<sup>60</sup> kommen diese Kriterien in ihrer Summe doch einer Definition des Rechtsstaates sehr nahe. Die Kriterien widerspiegeln den Konsens von 61 Experten der Mitgliedstaaten der Venedig-Kommission, also von nahezu einem Drittel der Staatengemeinschaft, was im Grunde schon ein Wert an sich ist. Dabei gilt es stets zu berücksichtigen, dass es zur Entwicklung dieser Kriterien nicht nur erforderlich war, einen Konsens herzustellen, sondern dass es auch galt, verschiedene Rechtskreise zu harmonisieren. Das machen alleine schon die Begrifflichkeiten deutlich. Die Rechtsstaatskriterien stellen nämlich gewissermaßen das gemeinsame Substrat der angelsächsischen „Rule of Law“, des französischen « État de droit » und des deutschen „Rechtsstaats“ dar.<sup>61</sup> Insofern sind sie auch ein wesentlicher Beitrag zur Herausbildung gemeinsamer europäischer Verfassungsstandards.<sup>62</sup>

Mit die wichtigste Erkenntnis, zu deren Verbreitung die Rechtsstaatskriterien beitragen, ist die, dass sie den instrumentellen Charakter des Rechtsstaates unterstreichen. Der Rechtsstaat stellt eine ungeheure kulturelle Errungenschaft in der Menschheitsgeschichte dar. Er ist aber zugleich auch mehr als das, nämlich ein Garant für die Gewährleistung von Demokratie, Freiheit, Menschenrechten und Frieden.<sup>63</sup>

### B. Praxis

Die Rechtsstaats-Checklist der Venedig-Kommission gliedert den Begriff des Rechtsstaats in einzelne Elemente. Für jedes dieser Elemente weist die Checklist einschlägige Referenzdokumente des hard law und des soft law aus, was ihre Handhabung sehr erleichtert.<sup>64</sup> Dadurch entsteht ein einheitliches, objektives, transparentes, nachprüfbares und praktikables Analyseinstrument, das sowohl für den Rechtsproduzenten, als auch für den Rechtsanwender von eminenter Bedeutung ist.

Den Urhebern der Rechtsstaats-Checklist waren dabei die Begrenzungen des von ihnen entwickelten Instruments mehr als bewusst. Sie räumen unumwunden ein, dass die von ihnen entwickelte Checklist weder erschöpfend noch endgültig ist, sondern regelmäßig aktualisiert werden muss.<sup>65</sup> Ihnen ist ebenso bewusst gewesen, dass die von ihnen entwickelten Kriterien auch nicht kumulativ erfüllt sein können und müssen, weil das Streben nach Rechtsstaatlichkeit eine ständige Aufgabe darstellt.<sup>66</sup> Ihnen ist schließlich klar gewesen, dass es sich bei der von ihnen entwickelten Checklist nicht um ein absolutes Konzept handeln kann. Dies alleine schon deswegen, weil jeder Rechtsstaat in seinem konkreten nicht nur juristischen, sondern v.a. auch historischen, politischen, sozialen oder geografischen Kontext wahrgenommen werden muss.<sup>67</sup> Von besonderer Bedeutung ist die Einbettung des Rechtsstaats in das übrige Rechtssystem eines Landes. Von daher erfährt das Rechtsstaatsprinzip nämlich Modifikationen, je nachdem, ob es in ein überwiegend vom positiven Recht oder vom Richter- und Fallrecht geprägtes Rechtssystem integriert ist. Den Urhebern der Rechtsstaats-Checklist ist schließlich bewusst gewesen, dass mit ihrer Hilfe lediglich die rechtlichen Vorkehrungen rechtsstaatlicher Strukturen analysiert werden können, nicht jedoch die Umsetzung des Rechts.<sup>68</sup> Dessen Überprüfung ist und bleibt den Gerich-

ten vorbehalten. Die Venedig-Kommission stößt hier an ihre Grenzen.

Welche praktischen Auswirkungen die Tätigkeit der Venedig-Kommission auch im Rechtsstaatsbereich hat, lässt sich nur schwer belegen. Dass es sie gibt, lässt sich am ehesten nachweisen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in der zahlreiche Gutachten der Venedig-Kommission als „Inspirations“- und Argumentationsquelle verwendet werden.<sup>69</sup> Auswirkungen der Tätigkeit der Venedig-Kommission lassen sich aber auch in den jeweils betroffenen Ländern aufzeigen. Auch hier darf man sich jedoch keinen Illusionen hingeben. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Erkenntnisse der Venedig-Kommission nicht selten für den politischen Meinungskampf instrumentalisiert werden und in den innerstaatlichen „Argumentationspool“ eingehen.<sup>70</sup> Genauso häufig sind sie jedoch auch willkommene Verfassungs-Expertise für seriöse innerstaatliche Rechtsstaatsdiskussionen und entsprechende Entscheidungen.

Bei alledem darf nicht übersehen werden, dass es sich bei der Checklist der Venedig-Kommission, wie bei allen Dokumenten dieser Institution, um ein in keiner Weise verbindliches Dokument handelt. Die diesbezügliche Tätigkeit der Venedig-Kommission lässt sich noch am ehesten mit der Kompetenz des IGH vergleichen, Gutachten zu erstellen,<sup>71</sup> wiewohl die Kommission natürlich weder Gericht noch Schiedsgericht ist. Jedenfalls rechtliche Verbindlichkeit kann das Rechtsstaats-Dokument nicht für sich beanspruchen. Eine gewisse politische Verbindlichkeit hat es jedoch unzweifelhaft dadurch erfahren, dass es vom Ministerkomitee des Europarates am 6./7. September 2016 und auch durch eine Resolution der Parlamentarischen Versammlung des Europarates am 11. Oktober 2017 jeweils gebilligt worden ist. Entscheidend wird sein, wie dieses Instrument in der Rechtspraxis angenommen wird. Über die nötige Anwendungsreife verfügt es jedenfalls bereits jetzt.

### C. Politik

Alleine die Indossierung der Rechtsstaats-Checklist durch politische Gremien des Europarates dokumentiert schon ihre politische Bedeutung. Auch die sich aus der

<sup>59</sup> Vgl. § 5 Resolution 2187 (2017) v. 11.10.2017; welch weiter Weg dabei noch zu gehen ist, zeigt etwa: World Justice Project, Rule of Law Index 2016, 2016; als „herausragendes Instrument“ ist die Checklist charakterisiert worden von: Dietmar Nickel, Integrationspolitische Herausforderungen an den Europäischen Rechtsstaat, EuR 2017, S. 663 (679).

<sup>60</sup> Vgl. Ziff. 15-17 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>61</sup> Vgl. Ziff. 1 Checklist (o. Fn. 19) und etwa: Nikolaus Marsch u.a. (Hrsg.), Französisches und deutsches Verfassungsrecht, 2015, bes. S. 94 ff.

<sup>62</sup> So zu Recht neuestens: Christoph Grabenwarter, Die Herausbildung europäischer Verfassungsstandards in der Venedig Kommission in: JöR n.F. 66/2018, S. 21 ff.

<sup>63</sup> Zu letzterem dezidiert: Jeremy Farrall / Hilary Charlesworth (eds.), Strengthening the Rule of Law through the UN Security Council, 2016.

<sup>64</sup> Zu beiden ausführlich: Hoffmann-Riem (o. Fn. 2), S. 601 f., speziell zum soft law: Carsten Giersch, Das internationale Soft Law, 2015.

<sup>65</sup> Vgl. Ziff. 30 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>66</sup> Ziff. 30 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>67</sup> Dazu: Ziff. 34 Checklist (o. Fn. 19) und ausführlich: Hoffmann-Riem (o. Fn. 2), S. 605, 618 ff.

<sup>68</sup> Ziff. 34 Checklist (o. Fn. 19).

<sup>69</sup> Vgl. Hoffmann-Riem (o. Fn. 2), S. 609 ff.

<sup>70</sup> Ders., ebd. S. 608 und 615 ff.

<sup>71</sup> Vgl. Art. 65 IGH-Statut v. 26.6.1945 (BGBl. 1973 II S. 505).

Anwendung der Checklist in einem konkreten Land möglicherweise ergebenden Wirkungen haben unweigerlich eine politische Dimension. Der Europarat und seine Organe sind schließlich die Rechtsstaatsinstitutionen schlechthin.<sup>72</sup> Rechtsstaatlichkeit ist allerdings kein Wert an sich. Ihre Bedeutung erwächst vielmehr daraus, dass sie längst mehr als nur ein elementares und fundamentales Staatsorganisationsprinzip ist.<sup>73</sup> Rechtsstaatlichkeit hat sich zu einem handfesten politischen wie wirtschaftlichen Standortfaktor ersten Ranges entwickelt,<sup>74</sup> dessen Bedeutung durch die Kombination mit anderen Prinzipien noch potenziert wird. Rechtsstaatlichkeit ist mit anderen Worten hochpolitisch. Das Dokument setzt in diesem Sinne ein unübersehbares und unüberhörbares weltweites Signal für die Wertetrias der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der Menschenrechte. Es ist weitaus mehr als nur ein „Handbuch der Rechtsförmlichkeit“.<sup>75</sup> Es ist ein regelrechtes „Handbuch der Rechtsstaatlichkeit“. Das Dokument trägt dadurch zu einem vertieften Verständnis des Rechtsstaats bei. Es stärkt das Bewusstsein für die Bedeutung rechtsstaatlicher Verbürgungen und Verpflichtungen und kann einen wichtigen Beitrag zu deren Verbreitung und Akzeptanz leisten. Für den Europarat und seine Mitgliedstaaten selbst kommt der Rechtsstaat-Checklist noch eine weitere Bedeutung zu. Sie sollte diese nämlich an ihre grundlegenden Verpflichtungen aus der Satzung des Europarates und der EMRK erinnern, die durch die Rechtsstaatskriterien der Venedig-Kommission lediglich eine der Operationalisierbarkeit dienende Konkretisierung erfahren haben.

## V. Zusammenfassung

In Zeiten tiefgreifender Gefährdungen des Rechtsstaats tut Rückbesinnung auf dessen Essentiale not.<sup>76</sup> Die neuen Rechtsstaatskriterien der Venedig-Kommission des Europarates erweisen sich dabei als äußerst hilfreich. Sie sind nämlich nicht nur ein außerordentlich nützliches Analyseinstrument für die konkret-operative Tätigkeit der Venedig-Kommission. Sie sind darüber hinaus auch ein einzigartiges Leuchtturmprojekt in Sachen Rechtsstaatlichkeit. Es ist zu hoffen, dass dieses weltweit beispiellose Dokument Beachtung und Nachahmung auch in anderen Weltregionen findet.

<sup>72</sup> Das schützt sie jedoch nicht vor missbräuchlichem Verhalten einiger Mandatsträger: Zur Aufklärung von Korruptionsvorwürfen hat die Parlamentarische Versammlung des Europarates im April 2017 ein externes 3-köpfiges Gremium hochrangiger ehemaliger Richter eingesetzt (*Sir Nicolas Bratza*, UK, vormals Präsident des EGMR; aus Frankreich der vormalige Untersuchungsrichter *Jean-Louis Bruguière* sowie aus Schweden die ehemalige EGMR-Richterin *Elisabet Fura*). Ihr Bericht liegt seit dem 15. April 2018 vor. Zu Einzelheiten und Hintergrund dieses Berichts cf. *N.P. Engel*, EuGRZ 2018, 353 (in diesem Heft).

<sup>73</sup> „Recht ist Ordnung der staatlichen Gemeinschaft“, so: *Aristoteles* (o. Fn. 28), S. 7

<sup>74</sup> Dazu: *Stefan Korte*, Standortfaktor Öffentliches Recht, 2016; *Gerhard Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017.

<sup>75</sup> Vgl. Bekanntmachung des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit v. 22.9.2008 (BAnz Nr. 160 a v. 22.10.2008).

<sup>76</sup> Für die EU hat *Anne Sanders* kürzlich einen „Stress-Test der Rechtsstaatlichkeit“ vorgeschlagen, ZRP 2017, S. 230.

## Datenschutz als Privatheitsschutz oder Datenschutz statt Privatheitsschutz?

von **Christoph Gusy**, Bielefeld

I. Fragestellung .....	244
II. Grund- und Menschenrechtsschutz des Privatlebens .....	246
1. Vom „right to be let alone“ zur Kontrolltheorie .....	246
2. Privatheit und Öffentlichkeit: Mehr als nur Gegensätze .....	247
3. Zwischenergebnis: Privatheit als Modalität von Interaktion und Kommunikation .....	247
III. Privatheit im Recht: Vielfalt der Formen, Vielfalt des Schutzes .....	248
1. Formenvielfalt im Recht .....	248
2. Privatheit und ihr rechtlicher Schutz: Formen und Grenzen .....	250
IV. „Datenschutz“: Von der analogen zur digitalen Privatheit .....	251
1. Netznutzung: „Ende der Privatheit“? .....	251
2. Der Weg in die Informationsökonomie: Personenbezogene Daten als Inhalt und Währung des Netzes .....	252
3. Bedingungen von Datenschutz und informationeller Selbstbestimmung .....	253
4. Identität der Schutzgüter – Unterschiedlichkeit der Schutzmechanismen .....	253
V. Zusammenfassung: Systemdatenschutz oder Selbstdatenschutz: Eine falsche Alternative .....	254

### I. Fragestellung

Das Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und der Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten (JI-Richtlinie)<sup>1</sup> gibt Anlass zur Befragung ihrer grundrechtlichen Voraussetzungen. Art. 8 EMRK schützt neben einigen besonderen Dimensionen privaten Lebens auch das „Privatleben“. Der EGMR entnimmt dieser Garantie auch das Recht auf Datenschutz.

Art. 7 der EU-Grundrechte-Charta (GRC) enthält nahezu wortgleich dieselbe Garantie. Daneben statuiert Art. 8 GRC das Recht auf Schutz personenbezogener Daten. Die Abhandlung fragt nach Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen den genannten Schutzgütern und erörtert das Verhältnis jener Garantien zueinander.

Art. 8 EMRK und Art. 7 GRC schützen unterschiedliche Dimensionen der Privatheit. Was dort als „Familie“, „Wohnung“ und „Korrespondenz“ bzw. „Kommunikation“ unter besonderem Schutz steht, ist etwa im Grundgesetz auf mehrere Grundrechte verteilt, welche gemeinsam mit dem lückenfüllenden Art. 2 Abs. 1 GG den Privatheitsschutz des Grundgesetzes statuieren.<sup>2</sup> Diese lückenschließende Rolle kommt im europäischen Menschenrechtsschutz dem „Privatleben“ zu: Es soll diejenigen Aspekte des Privaten garantieren, welche nicht bereits den besonderen, ausdrücklich genannten Schutz-

\* Professor Dr. *Christoph Gusy*, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatsrecht und Verfassungsgeschichte, Universität Bielefeld. Der Beitrag entstammt dem von der VW-Stiftung geförderten Forschungsprojekt „Strukturwandel des Privaten“. Mein Dank für Hinweise und Anregungen gilt Prof. Dr. *Sandra Seubert*, Frankfurt/Main; Prof. Dr. *Rüdiger Grimm*, Koblenz; Prof. Dr. *Sabine Trepte*, Stuttgart (Hohenheim); Dr. *Johannes Eichenhofer*, Bielefeld, und Dr. *Laura Schulte*, Bielefeld.

<sup>1</sup> Verordnung (EU) des EP und des Rates 2016/679 v. 27.4.2016, ABl. L 119/1 vom 4.5.2016; Richtlinie (EU) des EP und des Rates (JI – Justiz/Inneres) 2016/680 v. 27.4.2016, ABl. L 119/89 vom 4.5.2016; beide in Kraft seit 25.5.2018.

<sup>2</sup> *Horn*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Aufl., 2009, § 147.