

Das Notverordnungsrecht des Staatspräsidenten und die funktionellen Grenzen der Verfassungs- gerichtsbarkeit in Argentinien

Rainer Grote*

Einleitung

Mit seiner Entscheidung vom 17. Dezember 1997, mit der er die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der von der Regierung betriebenen Privatisierung staatlicher Flughäfen auf dem Verordnungsweg bestätigte und entgegenstehende Entscheidungen der unteren Bundesgerichte aufhob, hat der argentinische Oberste Gerichtshof eines seiner umstrittensten Urteile der letzten Jahre gefällt.¹ Das Urteil war nicht nur in der Öffentlichkeit und der Fachliteratur², sondern auch innerhalb des Gerichts Gegenstand heftiger Kritik, wie die denkbar knappe Mehrheit von 5:4 Stimmen, mit der die Entscheidung erging, und die zusammen mit der Mehrheitsmeinung veröffentlichten Sondervoten der dissentierenden Richter zeigen.³ Die starke Resonanz des Urteils in den Medien und in der politischen Klasse hängt zunächst mit der besonderen politischen Situation zusammen, in der sich Argentinien gegenwärtig befindet. Die Peronistische Partei (Partido Justicialista) von Staatspräsident Menem verfügt nach den Kongreßwahlen vom 26. Oktober 1997 in der zweiten Kammer des Kongresses, dem Abgeordnetenhaus, über keine Mehrheit. Die Möglichkeiten des Präsidenten, kontroverse Gesetzesvorhaben mit Hilfe des Kongresses zu verabschieden, die bereits vor den Wahlen aufgrund der innerhalb des peronistischen Lagers bestehenden Konflikte begrenzt waren, haben sich dadurch weiter verringert. In dieser Situation muß es der Regierung verlockend erscheinen, ihre politischen Projekte auf dem Verordnungsweg durchzusetzen, zumal die parlamentarische Mitwirkung in diesem Verfahren, wie noch zu zeigen sein wird, nur sehr eingeschränkt wirksam ist.

* Dr. iur., LL.M. (Edinburgh), Wissenschaftlicher Referent am Institut.

¹ La Nación v. 18.12.1997, 1: "Menem puede privatizar los aeropuertos"; vgl. auch die Editorials v. 18. und 19.12.1997: "Fallas en el sistema institucional" und "Aeropuertos: la Constitución, burlada"; ferner Clarin v. 18.12.1997, 2: "Aeropuertos: con apoyo de la Corte Suprema, se privatizarán por decreto".

² Die Lehre hat sich, soweit ersichtlich, ganz überwiegend ablehnend zu dem Urteil des Obersten Gerichtshofes geäußert, vgl. u.a. Germán Bidart Campos, Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional, La Ley v. 27.3.1998, 4; Humberto Quiroga Lavié, La sentencia de la Corte Suprema en la causa de los aeropuertos, La Ley v. 6.3.1998, 1; Carlos Colautti, El control sobre los decretos de necesidad y urgencia, La Ley v. 17.3.1998, 1; Miguel Padilla, Los poderes implícitos del poder judicial, La Ley v. 27.2.1998, 1; anders aber Rodolfo Carlos Burra, Decretos de necesidad y urgencia. El caso "Rodríguez", La Ley v. 29.4.1998, 1.

³ Das Urteil mit den Sondervoten und dem Schlußantrag des Generalanwalts Becerra ist abgedruckt in La Ley, t.1997-F, 879ff.

Um so größere Bedeutung erlangt die verfassungsgerichtliche Kontrolle der von der Verfassung für die Ausübung des Verordnungsrechts der Exekutive aufgestellten Voraussetzungen. Die politische Dimension des Urteilspruchs vom 17. Dezember 1997 zeigt sich auch daran, daß der Gegensatz zwischen Mehrheitsmeinung und dissentierenden Richtern die Trennlinie zwischen Regierung und Opposition exakt widerspiegelt. Die fünf Richter, die der Peronistischen Partei und Präsident Menem nahestehen, haben geschlossen für die Auslegung der Verfassung im Sinne einer möglichst ungestörten Wahrnehmung des Notverordnungsrechts durch die Exekutive votiert. Dies hat in den Reihen der Opposition zu Bestrebungen geführt, gegen sie ein Amtsenthebungsverfahren (*juicio politico*) einzuleiten.⁴ Das Urteil ist darüber hinaus aber auch für die weitere Verfassungsrechtsentwicklung in Argentinien von größter Bedeutung. Es setzt sich mit einer Reihe zentraler verfassungsrechtlicher Problemstellungen auseinander. Dazu gehören die institutionellen Grundlagen der Verfassungskontrolle in Argentinien, die Rechtsnatur und die Kontrolle des Notverordnungsrechts des Staatspräsidenten, vor allem aber die Frage nach den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit unter den Bedingungen des gewaltengliedernden Verfassungsstaates argentinischer Prägung.

II. Die Flughafenprivatisierung vor den Bundesgerichten

Gegenstand des Verfahrens vor dem Obersten Argentinischen Gerichtshof war die Frage, inwieweit die Ausübung des dem Staatspräsidenten nach der revidierten Verfassung vom August 1994 zustehenden Notverordnungsrechts der Kontrolle durch die Gerichte unterliegt.⁵ Bereits zu Beginn des Jahres 1996 hatte die argentinische Regierung im Kongreß einen Gesetzentwurf über die Privatisierung der bislang vom Staat betriebenen Flughäfen eingebracht. Der Entwurf war jedoch nach Billigung durch den Senat wegen interner Meinungsverschiedenheiten in der Mehrheitsfraktion des Abgeordnetenhauses vom Parlament nicht verabschiedet worden. Dies hinderte den argentinischen Präsidenten nicht daran, gestützt auf seine Funktion als Chef der Exekutivgewalt und die Befugnis zum Erlaß der für die Ausführung der Gesetze erforderlichen Verordnungen, die Regelungen zur Durchführung der Privatisierung im Verordnungsweg in Kraft zu setzen. Das Dekret Nr. 375/97 vom 24. April 1997 ordnete die Ausschreibung von insgesamt

⁴ Clarin v. 22.12.1997, 2: "La Alianza amenaza con anular la privatización de los aeropuertos". – Die Richter des Obersten Gerichtshofes werden vom Staatspräsidenten mit Zustimmung einer Zweidrittelmehrheit des Senats ernannt, Art. 99 Abs. 4 der Verfassung. Sie werden auf Lebenszeit berufen, Art. 110, können jedoch vom Abgeordnetenhaus im Falle schwerwiegender Amtspflichtverletzungen (*mal desempeño, delito en el ejercicio de sus funciones, crimines communes*) – ebenso wie der Staatspräsident und die Mitglieder der Regierung – mit Zweidrittelmehrheit ihres Amtes enthoben werden. Zum politischen Charakter dieses *impeachment*-Verfahrens vgl. Carlos Colautti, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires 1996, 185 f.

⁵ Vgl. die ausführliche Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozeßgeschichte in dem Antrag des Generalanwalts (*Procurador General*) Becerra und dem Minderheitsvotum des Richters Petracchi, *La Ley*, t.1997-F, 885, 900 f.

28 bislang durch die öffentliche Hand betriebenen Flughäfen zur Privatisierung an und regelte den Zeitplan für die Ausschreibung, die am 22. September beginnen sollte. Zugleich enthielt das Dekret Regelungen über die Zusammensetzung und die Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörde für den Flughafenbetrieb. Das Dekret Nr. 500/97 vom 2. Juni 1997 erhöhte die Zahl der Flughäfen, die zur Konzessionierung an private Betreiber ausgeschrieben wurden, um acht und legte die Bedingungen für die Vergabe der Konzessionen fest. Gegen dieses Vorgehen wandte sich eine Reihe von Mitgliedern der Oppositionsfraktionen des Abgeordnetenhauses, denen sich der argentinische Ombudsmann (*defensor del pueblo*) anschloß, durch Einlegung des *Amparo*-Rechtsbehelfs mit dem Ziel, die Verordnungen wegen Verletzung ihrer verfassungsmäßigen Rechte für nichtig erklären zu lassen. Der Klage wurde von den Bundesgerichten sowohl in der ersten wie auch in der zweiten Instanz stattgegeben. Zur Begründung führte das Berufungsgericht aus, gemäß Art. 42 Abs. 3 der Verfassung sei der Kongreß u. a. für die Festlegung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die öffentlichen Dienste (*servicios públicos*) und die Normierung von Verfahren der Streitvermeidung und -beilegung in bezug auf diese Dienste zuständig.⁶ Die Exekutivgewalt habe daher insbesondere durch die Schaffung der nationalen Regulierungsbehörde mit der Zuständigkeit zur Entscheidung aller Streitigkeiten, die zwischen natürlichen und juristischen Personen im Hinblick auf den Betrieb der konzessionierten Flughäfen entstünden, ihre Befugnisse überschritten und in die Zuständigkeit des Gesetzgebers eingegriffen.

Die argentinische Regierung legte gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts Revision ein. Ohne den Ausgang des Revisionsverfahrens abzuwarten, unterzeichnete der Staatspräsident am 27. August 1997 das ausdrücklich als Dringlichkeitsverordnung (*decreto de necesidad y urgencia*) bezeichnete Dekret Nr. 842/97 mit dem Ziel, trotz der zu Ungunsten der Exekutive ergangenen Gerichtsentscheidungen die Durchführung der Flughafenprivatisierung innerhalb des ursprünglich vorgesehenen Zeitplans zu ermöglichen. Die Dringlichkeitsverordnung bestätigte daher die Verordnungen 375/97 und 500/97 und die aufgrund dieser Verordnungen ergangenen Umsetzungsakte. Sie wurde mit Botschaft vom 28. August 1997 dem Kongreß zur Kenntnis gegeben, der jedoch in der Folgezeit keinen Beschluß über die Billigung oder Mißbilligung der Verordnung faßte. Daraufhin beantragte eine Gruppe von Abgeordneten, die im wesentlichen mit den Klägern des vorausgegangenen *Amparo*-Verfahrens gegen die Dekrete 375/97 und 500/97 identisch war, beim örtlich zuständigen Bundesgericht die vorläufige Aussetzung der Dringlichkeitsverordnung, um die Schaffung irreversibler Fakten zu verhindern. Wiederum schloß der argentinische Ombudsmann sich dem Antrag an. Das erstinstanzliche Bundesgericht gab dem Antrag statt und erließ eine ent-

⁶ Der einschlägige Abschnitt des Art. 42 der argentinischen Verfassung i.d.F. vom 22.8.1994 hat den folgenden Wortlaut: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

sprechende einstweilige Anordnung (*medida cautelar autónoma*), durch die der Regierung aufgegeben wurde, die Wirkungen des Dekrets Nr. 842/97 und jeder inhaltlich gleichgerichteten Verordnung auszusetzen. Zur Begründung berief sich das Gericht darauf, daß sich ein entsprechendes Privatisierungsgesetz bereits im Gesetzgebungsverfahren befinde und die Verfassung ebenso wie die Ausführungsgesetzgebung die Zuständigkeit zur Regelung der Privatisierung dem Kongreß zuweise. Zudem komme der Erlaß von Not- und Dringlichkeitsverordnungen nach Art. 99 Abs.3 der argentinischen Verfassung nicht in Betracht, solange nicht das in dieser Bestimmung vorgesehene Gesetz zur Regelung des parlamentarischen Verfahrens erlassen worden sei, in dem die Überprüfung der von der Exekutive beschlossenen und vorgelegten Notverordnungen zu erfolgen habe.

Gegen die vorläufige Aussetzung der Dringlichkeitsverordnung legte die Regierung Beschwerde vor dem Berufungsgericht (Camara Nacional de Apelaciones) und gleichzeitig außerordentlichen Rechtsbehelf zum Obersten Argentinischen Gerichtshof ein.

III. Die Entscheidung der Corte Suprema

In ihrer Entscheidung vom 17. Dezember 1998⁷ folgte die Corte Suprema mit der Mehrheit von fünf zu vier Richtern dem Antrag der Regierung und hob die einstweilige Anordnung des erstinstanzlichen Bundesgerichts auf.

Die Richtermehrheit begründete die Zuständigkeit des Gerichtshofes, über den Rechtsbehelf der Regierung zu entscheiden, ohne den Ausgang des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesgericht zweiter Instanz abzuwarten, mit dem Hinweis auf die besondere Tragweite der durch den zur Entscheidung vorgelegten Fall aufgeworfenen institutionellen Fragen. Griffen die Gerichte bei der Wahrnehmung ihrer Rechtsprechungsfunktion in die den anderen Staatsorganen verfassungsmäßig zustehenden Kompetenzen ein, so stelle dies eine Verletzung des fundamentalen Prinzips der Gewaltenteilung dar. So wie es zu den ungeschriebenen Befugnissen (*prerrogativa implicita*) des Obersten Gerichtshofes in seiner Eigenschaft als oberstes Organ der rechtsprechenden Gewalt und letztverbindlicher Interpret der Verfassung gehöre, Übergriffe der anderen Gewalten auf den Funktionsbereich der Gerichte abzuwehren, obliege es ihm auch, die funktionellen Grenzen der Rechtsprechung im Verhältnis zu den anderen Gewalten zu bestimmen und abschließend darüber zu entscheiden, ob eine bestimmte Frage der Entscheidung durch die Gerichte unterliege oder nicht.

Die Richtermehrheit betonte, daß sich die Gerichte bei der Wahrnehmung ihrer Rechtsprechungsfunktion strikt innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs halten müßten und die Kompetenzen der anderen Staatsorgane nicht beeinträchtigen dürften, wenn nicht das konstitutionelle Gleichgewicht empfindlich gestört werden solle. Ob die in Anspruch genommene Kompetenz dem fraglichen Organ zugewiesen sei, müsse durch Auslegung der Verfassung festgestellt werden. Aus der

⁷ La Ley, t.1997-F, 879.

Verfassung ergebe sich auch, in welchem Umfang die Wahrnehmung der Kompetenz der richterlichen Kontrolle unterliege.

Im Hinblick auf die Ausübung des Notverordnungsrechts durch den Staatspräsidenten sehe Art. 99 Abs.3 der Verfassung ein besonderes parlamentarisches Kontrollverfahren vor. Die Tatsache, daß der Erlaß des in Art. 99 Abs.3 vorgesehenen Ausführungsgesetzes zur Regelung der Einzelheiten des Kontrollverfahrens und die Einsetzung des dort ebenfalls vorgeschriebenen Ständigen Ausschusses der beiden Häuser des Parlaments für die Beratung der Notverordnungsentwürfe bisher unterblieben seien, könne nicht bedeuten, daß der Staatspräsident auf unabsehbare Zeit seiner verfassungsmäßigen Kompetenz zum Erlaß von Notverordnungen beraubt sei. Vielmehr stehe nach der Verfassung allein dem Kongreß die Entscheidung darüber zu, in welchen Formen und mit welchen Mitteln er sein Kontrollrecht wahrnehmen wolle. Vorliegend sei die fragliche Notverordnung von der Exekutive formell ordnungsgemäß beschlossen und dem Kongreß zur Kenntnis gegeben worden. Es unterliege daher allein der politischen Einschätzung durch den Kongreß, ob die Voraussetzungen für den Erlaß der Notverordnung erfüllt seien und ihr Inhalt den sachlichen Notwendigkeiten entspreche. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court⁸ führte der Gerichtshof weiter aus, die rechtsprechende Gewalt sei nicht befugt, über Fragen der Gewaltenteilung im Verhältnis der beiden politischen Gewalten – Exekutive und Legislative – zu entscheiden, bevor nicht diese beiden Gewalten mit dem Versuch einer politischen Lösung gescheitert seien. Daher sei eine gerichtliche Intervention in einer Angelegenheit, die noch Gegenstand des politischen Prozesses sei und ihre Behandlung durch eine der beteiligten Gewalten erwarte, sachlich nicht gerechtfertigt. Die Gerichte könnten in die Wahrnehmung dieser genuin politischen Funktion des Kongresses nicht ohne schwerwiegende Beeinträchtigung des Gewaltenteilungsgrundsatzes eingreifen.

Die dissentierenden Richter verneinten dagegen die Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Entscheidung über den von der Regierung eingelegten außerordentlichen Rechtsbehelf. Es sei weder einer der in der Verfassung und der Bundesgesetzgebung vorgesehenen Fälle einer unmittelbaren Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes gegeben, noch lägen die prozessualen Voraussetzungen für ein Tätigwerden als Beschwerde- oder Revisionsinstanz vor. Daher sei eine Korrektur der vom Gericht erster Instanz im Einklang mit den geltenden Vorschriften der Prozeßordnung erlassenen Entscheidung durch den Obersten Gerichtshof unzulässig (Sondervotum Belluscio und Bossert). Im übrigen unterlägen die Notverordnungen nach Art. 99 Abs.3 der Verfassung ebenso wie gewöhnliche Verordnungen und Gesetze und alle anderen Akte der öffentlichen Gewalt der Kontrolle ihrer Vereinbarkeit mit der Verfassung. Im konkreten Fall hätten die besonderen Voraussetzungen, unter denen nach Art. 99 Abs.3 ein Rückgriff auf das Instrument der Notverordnung allein zulässig gewesen wäre, nicht vorgelegen, so daß auch aus diesem Grund der Antrag der Regierung hätte abgewiesen werden müssen (Sondervotum Fay t).

⁸ *Goldwater et al v. Carter, President of the United States*, 444 US 997 (1979).

Die Entscheidung der Corte Suprema vom 17. Dezember 1997 behandelt drei verfassungsrechtliche Problembereiche von grundlegender Bedeutung. Zunächst geht es um das Problem, in welchem Umfang Akte der Exekutive und der Legislative einer gerichtlichen Kontrolle ihrer Verfassungsmäßigkeit unterliegen und welche Verfahren für die Ausübung dieser Kontrolle zur Verfügung stehen (dazu unter IV.). Sodann stellt sich die Frage, ob für die Verfassungskontrolle der Notverordnungen nach Art. 99 Abs. 3 Besonderheiten gelten, eine Frage, die sich nicht ohne eine Analyse der Funktion dieses Instruments im System der Handlungsformen von Exekutive und Legislative beantworten läßt (siehe unter V.). Schließlich ist die Entscheidung von zentraler Bedeutung für das Verhältnis des Obersten Gerichtshofes zu den übrigen Bundesgerichten bei der Ausübung verfassungsgerichtlicher Kontrollkompetenzen und damit für die Stellung der Corte Suprema im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt insgesamt (dazu unter VI.).

IV. Grundlagen der Verfassungskontrolle in Argentinien

Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Akten der öffentlichen Gewalt war in der argentinischen Verfassung ursprünglich nicht geregelt. Das Prinzip der Verfassungskontrolle und die Modalitäten ihrer Ausübung wurden vielmehr zunächst ähnlich wie in den Vereinigten Staaten durch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes entwickelt, ehe sie dann Eingang in die Gesetzgebung fanden.⁹ Auch die revidierte Verfassung von 1994 enthält keine systematische und umfassende Regelung der verfassungsgerichtlichen Kontrollmechanismen, sondern regelt nur einen – allerdings praktisch besonders bedeutsamen – Anwendungsfall der Verfassungskontrolle. Nach Art. 43 Abs. 1 der Verfassung sind die Gerichte im *Amparo*-Verfahren bei der Verletzung verfassungsrechtlich, völkerrechtsvertraglich oder gesetzlich geschützter Rechte durch ein Tun oder Unterlassen der Träger öffentlicher Gewalt oder Privater befugt, die Norm, auf die der fragliche Akt oder das fragliche Unterlassen gestützt ist, für verfassungswidrig zu erklären.¹⁰

⁹ Alberto Ricardo Dalla Via, La justicia constitucional en Argentina, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 1997, 35.

¹⁰ "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva." – Bei der *Amparo*-Beschwerde handelt es sich um ein summarisches Verfahren, das nur dann Erfolg hat, wenn die geltend gemachte Verletzung eines geschützten Rechtes offensichtlich ist. Zweck des Verfahrens ist es, ein einfaches, effektives Instrument zum Schutz subjektiver Rechte in Situationen zur Verfügung zu stellen, in denen die Durchführung eines ordentlichen Gerichtsverfahrens aufgrund seiner Langwierigkeit oder Umständlichkeit einen wirksamen Schutz der gefährdeten oder verletzten Rechtsposition nicht zu gewährleisten vermag, vgl. Helio Juan Zarini, Constitución Argentina, Buenos Aires 1996, 203; Julio A. Barberis, Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien, in: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln-Berlin 1962, 47f.

Wie in der US-amerikanischen Verfassung, die bei der Schaffung der argentinischen Verfassung von 1853 Pate gestanden hat¹¹, ist die materielle Bindung der staatlichen Organe an die Verfassung nur implizit geregelt. Art. 31 bestimmt, daß die Verfassung, die Bundesgesetze, die der Kongreß auf ihrer Grundlage erläßt, und die Verträge mit den auswärtigen Mächten das höchste Gesetz der Nation bilden und die Organe der Provinzen ungeachtet möglicherweise entgegenstehender Bestimmungen in den provinziellen Verfassungen und Gesetzen im Einklang mit ihnen handeln müssen.¹² Daraus hat der Oberste Gerichtshof schon früh die Verpflichtung der Gerichte abgeleitet, bei der Entscheidung konkreter Rechtsstreitigkeiten die Vereinbarkeit der anzuwendenden Gesetze mit der Verfassung zu überprüfen und sie im Falle ihrer Verfassungswidrigkeit nicht anzuwenden:

“...es elemental en nuestra organizacion constitucional, la atribucion que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decision, comparándolas con el texto de la Constitucion para averiguar si guardan ó no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposicion con ella, constituyendo esta atribucion moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional ...”¹³.

Die Konzentration der Befugnisse zur Verfassungskontrolle bei einem besonderen Verfassungsgericht (*control concentrado*) ist nicht vorgesehen. Vielmehr haben alle Gerichte, gleich welcher Instanz und welchen Gerichtszweigs, die Verfassung und die nationalen Gesetze in den Streitfällen, für die sie zuständig sind, auszulegen und anzuwenden: “...todos los jueces, de cualquier jerarquia y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y leyes de la Nación en las causas a cuyo conocimiento les corresponda...”¹⁴.

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vor den ordentlichen Gerichten erfolgt inzident, aus Anlaß eines Streites um konkrete Rechte und Pflichten, deren Bestehen oder Nichtbestehen von der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder Verwaltungsaktes abhängt. Daraus folgt zugleich, daß die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder einer Verordnung nur die jeweiligen Parteien des Verfahrens bindet, also keine *erga omnes*-Wirkung entfaltet. “...el efecto de la declaración de inconstitucionalidad es la prescindencia de la norma afectada por la tacha para la solución del caso en que la cuestión se ha propuesto...”¹⁵. Diese Einschränkung kann man bereits aus Art. 116 der Verfassung herauslesen, der den Kompetenzbereich der Gerichte des Bundes in enger Anlehnung an Art. III, Sec. 2 der US-Verfassung umschreibt. Danach sind der Oberste Gerichtshof und

¹¹ Adolfo Roberto Vázquez, *El control de constitucionalidad de las leyes en la República Argentina*, La Ley, t.1997 – F, 1163; Barberis (Anm. 10), 41.

¹² “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales ...”.

¹³ Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes = Fallos de la Corte Suprema de Justicia (Fallos) 33, 162 (consid. 25); 155, 248.

¹⁴ Fallos 149, 122; 254, 437 (consid. 4); 263, 297 (consid. 2); 308, 490 (consid. 9).

¹⁵ Fallos 264, 364 (consid. 6).

die unteren Bundesgerichte für die Verhandlung und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten (*causas*) zuständig, die durch Verfassung, Bundesgesetz oder völkerrechtliche Verträge mit anderen Mächten geregelte Rechtsfragen betreffen.¹⁶

Der Oberste Gerichtshof hat die Bedeutung dieses Erfordernisses für die Ausübung der richterlichen Gewalt im allgemeinen und die Durchführung der Verfassungskontrolle im besonderen in seiner Rechtsprechung nachdrücklich hervorgehoben. Mit der richterlichen Funktion sei es unvereinbar, ohne ausreichenden Bezug zu einem konkreten Rechtsstreit allgemeine Stellungnahmen zu dem Geltungsbereich von Gesetzen und Verordnungen abzugeben:

“...es un principio consagrado legal y doctrinariamente que a la justicia federal no le es permitido decidir cuestiones abstractas, ni juzgar de la inconstitucionalidad de una ley o decreto sino cuando se trata de su aplicación a un caso contencioso porque es de la esencia del poder judicial el decidir colisiones efectivas de derechos, y no hacer declaraciones generales para fijar el alcance de leyes o decretos cuya sola sanción no supone por sí misma lesión de derechos que puedan requerir el amparo del poder judicial”.¹⁷

Eine abstrakte Normenkontrolle nach französischem oder deutschem Vorbild ist danach im argentinischen System nicht zulässig. Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Schutz individueller Rechte. Eine “causa”, die eine inzidente Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der zugrunde liegenden Rechtsnorm rechtfertigen kann, liegt nach der Rechtsprechung nur dann vor, wenn derjenige, der sich auf die Verfassungswidrigkeit beruft, einen effektiven Nachteil durch den als verfassungswidrig gerügten Rechtsakt darlegen kann.¹⁸ Der Nachteil muß den Beschwerdeführer in eigenen Rechten betreffen.¹⁹ Der Oberste Gerichtshof vertritt darüber hinaus die Auffassung, daß die Gerichte die mögliche Verfassungswidrigkeit einer Norm nicht *ex officio* überprüfen dürften, sondern nur dann, wenn sie von einer der beteiligten Parteien geltend gemacht werde.²⁰

Die Beschränkung der Verfassungskontrolle auf die Inzidentprüfung ist Ausdruck einer spezifischen Sichtweise des Gewaltenteilungsgrundsatzes, wie in dem Schlußantrag von Generalanwalt B e c e r r a²¹ zur Entscheidung der Corte über die Flughafenprivatisierung deutlich wird. Nach der – von dem Mehrheitsvotum übernommenen²² – Argumentation, die der Generalanwalt in eingehender Aus-

¹⁶ “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación ... y por los tratados con las naciones extranjeras...”

¹⁷ Fallos 130, 157.

¹⁸ Fallos 297, 108; 299, 368 (consid. 4); 300, 869.

¹⁹ Fallos 254, 162; 255, 129 (consid. 4).

²⁰ Vázquez (Anm. 11), 1165 f.m.N. Diese Auffassung ist in der Lehre und auch innerhalb des Gerichts nicht unumstritten, vgl. Colautti (Anm. 4), 51 f.; Vázquez, *ibid.*

²¹ Dem Generalanwalt obliegt die Verteidigung des öffentlichen Interesses im Hinblick auf die Wahrung der Gesetzlichkeit (*defensa de la legalidad*) und die Erhebung der Strafklage in den Fällen, in denen die Offizialmaxime Anwendung findet, vgl. Colautti (Anm. 4), 337 f. Als Vertreter des öffentlichen Interesses tritt er unabhängig von der Regierung (vgl. Art. 120 der argentinischen Verfassung) vor Gericht auf.

²² Vgl. consid. 5 des Mehrheitsvotums, La Ley, t.1997 – F, 892.

einandersetzung mit der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court entwickelt, stellt das Erfordernis eines konkreten Rechtsstreits als Voraussetzung für die Ausübung der Verfassungskontrolle eine unverzichtbare Schranke gegen den Mißbrauch der richterlichen Gewalt dar. Wären die Gerichte nicht dazu gezwungen, sich bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Handelns der anderen Gewalten auf die zur Entscheidung des konkreten Rechtsstreites erforderlichen Fragen zu beschränken, so könnten sie ihre Befugnis zur verbindlichen Auslegung der Verfassung dazu benutzen, den Organen der Legislative und Exekutive die Art und Weise ihrer Kompetenzausübung zu diktieren und sich dadurch einen verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen Vorrang vor den anderen Gewalten zu verschaffen. Das von der Verfassung geforderte Gleichgewicht zwischen den Gewalten würde damit zerstört. Nur die strikte Anwendung des Prinzips, wonach die Gerichte ausschließlich zur Entscheidung konkreter Rechtsfälle berufen sind, gewährleiste daher die Wirksamkeit des Gewaltenteilungsprinzips.²³

Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inzidentkontrolle waren von dem Bundesgericht erster Instanz folglich nur dann beachtet worden, wenn die Entscheidung über die vorläufige Aussetzung des Dekrets Nr.842/97 im Rahmen eines Rechtsstreits (*causa*) im Sinne des Art. 116 der argentinischen Verfassung erfolgte. Die Kläger stützten ihren Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung und ihr Begehren im Hauptsacheverfahren zum einen auf das verfassungsmäßige Recht des Kongresses, über die Flughafenprivatisierung durch Gesetz zu entscheiden, zum anderen auf das Fehlen der erforderlichen Zustimmung des Parlaments zum Erlaß der Notverordnung. Nach Ansicht des Generalanwalts, der die Richtermehrheit folgte, war darin die erforderliche Geltendmachung der Verletzung eigener Rechte nicht zu finden. Soweit sich die Kläger auf die Verletzung ihrer Rechte als Abgeordnete beriefen, sei darauf hinzuweisen, daß diese Rechte durch Teilnahme an der Arbeit des Kongresses in dem durch die Verfassung und die parlamentarischen Geschäftsordnungen vorgegebenen Rahmen verwirklicht würden. Soweit sie hingegen eine Verletzung der Gesetzgebungskompetenzen des Kongresses rügten, seien die Abgeordneten unabhängig davon, ob dieses Recht dem Kongreß im Einzelfall tatsächlich zustehe, nicht legitimiert, seine Verletzung im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Im übrigen würden die Kläger durch die Vorgehensweise der Exekutive auch nicht an der Wahrnehmung ihrer Gesetzgebungsfunktion gehindert. Vielmehr verfügten die Mitglieder des Abgeordnetenhauses über zwei Wege, das parlamentarische Mitwirkungsrecht in der Frage der Flughafenprivatisierung wirksam auszuüben. Zum einen könnten sie über den von der Regierung eingebrachten Gesetzentwurf zur Flughafenprivatisierung abstimmen und damit das Gesetzgebungsverfahren zum Abschluß bringen. Zum anderen könne der Kongreß ungeachtet der bisher unterbliebenen Einsetzung des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 99 Abs.3 ein Gesetz verabschieden, mit dem die Ratifizierung der von der Regierung vorgelegten Notverordnung abgelehnt werde. Gelingen es den Klägern nicht, für die eine oder

²³ Schlußantrag des Generalanwalts Beccara, La Ley, t.1997-F, 888f.

die andere Maßnahme die erforderliche parlamentarische Mehrheit zusammenzubringen, so könnten sie jedenfalls nicht im Gerichtsweg ein Recht erstreiten, das inhaltlich über das ihnen von der Verfassung eingeräumte Mitwirkungsrecht hinausginge, da es ihnen die Blockade von gleichgerichteten Initiativen der Exekutive ermöglichen würde.²⁴

Die Frage der Aktivlegitimation der Abgeordneten wird in den Minderheitsvoten nicht diskutiert. Sie hätte jedoch durchaus der Erörterung bedurft, denn die Zulassung von Klagen einzelner Mitglieder einer parlamentarischen Kammer, die sich gegen die Verletzung parlamentarischer Mitwirkungsrechte durch die Exekutive richtet, bedeutet der Sache nach die Einführung des bundesverfassungsrechtlichen Organstreits. Für die Zulassung solcher Streitigkeiten fehlt indessen nicht nur eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage. Sie würde auch die Grenzen des überkommenen Systems der Inzidentkontrolle sprengen, denn der Organstreit ist eine Streitigkeit, in der es primär nicht um den Schutz subjektiver Rechte, sondern um die Auslegung von objektivem Verfassungsrecht geht.²⁵ Durch die Einräumung der Zuständigkeit zur Entscheidung von Organstreitigkeiten wird den Gerichten die Funktion einer Schiedsinstanz zwischen den beteiligten politischen Gewalten zugewiesen. Für eine solche Aufgabe ist jedoch ein System der dezentralen Verfassungskontrolle, in dem auch die unteren Instanzen zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Akten der öffentlichen Gewalt zuständig sind und es daher auch zu widersprüchlichen Entscheidungen in der Frage der Verfassungskonformität einer Maßnahme kommen kann, kaum geeignet. Nicht zufällig wird daher die Zuständigkeit zur Entscheidung von Organstreitverfahren in den Ländern, die dieses Institut kennen, regelmäßig einem besonderen spezialisierten Spruchkörper (Staatsgerichtshof oder Verfassungsgericht) zugewiesen.

Allerdings sehen einige Autoren, welche die Aktivlegitimation der Abgeordneten in dem Rechtsstreit über die Flughafenprivatisierung ebenfalls skeptisch beurteilen, eine ausreichende Grundlage für die Annahme einer *causa* in dem Umstand, daß sich der parlamentarische Ombudsmann (*defensor del pueblo*) sowohl im *Amparo*-Verfahren als auch im Verfahren auf einstweilige Anordnung dem Antrag der Abgeordneten angeschlossen hatte. Zur Begründung wird zum einen auf Art. 43 verwiesen, der dem Ombudsmann das Recht zubilligt, ein *Amparo*-Verfahren zum Schutz von Rechten einzuleiten, die für einen größeren Personenkreis von Bedeutung sind (*derechos de incidencia colectiva*).²⁶ Es ist allerdings zweifel-

²⁴ *Ibid.*, 889. Ausführlich zum Problem der fehlenden Aktivlegitimation der Abgeordneten s. Carlos Barra (Anm. 2), 54ff., der einen eingehenden Vergleich der Entscheidung der Corte Suprema mit dem kurz zuvor vom US Supreme Court entschiedenen Fall *Raines, Franklin v. Byrd, Robert*, 117 S.Ct. 2312 (1997), vornimmt, in dem es um die erfolglose Klage mehrerer Kongreßmitglieder gegen die Einräumung des sog. *Line Item Veto* an den amerikanischen Präsidenten ging.

²⁵ Dieser objektiv-rechtliche Charakter tritt in der im deutschen Grundgesetz in Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 gewählten Formulierung, wonach das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Organstreitverfahrens über die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorganes oder anderer Beteiligter entscheidet, besonders deutlich hervor.

²⁶ Padilla (Anm. 2), 2.

haft, ob diese Bestimmung auch den Schutz von Kompetenzen des Parlaments vor Eingriffen anderer Staatsorgane im Auge hat. Die dem Ombudsmann in Art. 43 eingeräumte Befugnis, zur Verteidigung von Rechten aufzutreten, die von Bedeutung für einen größeren Personenkreis sind, ist im Zusammenhang mit den anderen in dieser Norm aufgeführten Rechten zu lesen, die nach dem Verfassungstext Anwendungsfälle der *derechos de incidencia colectiva* sind: Recht auf eine intakte Umwelt, einen unverfälschten Wettbewerb, Nutzer- und Verbraucherrechte. Dabei handelt es sich um Rechte, die sich einer strikt individualrechtlichen Einordnung entziehen, als (kollektive) Grundrechte jedoch noch in den Regelungszusammenhang des Ersten Teils der Verfassung (Rechte und Garantien) gehören. Davon sind die Befugnisse (*atribuciones*) der Staatsorgane, die im Zweiten Teil der Verfassung behandelt werden, zu trennen. Auf diese Befugnisse bezieht sich Art. 43, wie sich bereits aus seiner systematischen Stellung am Ende des Grundrechtsteils und vor dem Abschnitt über die Staatsorgane ergibt, gerade nicht.²⁷

Das zweite Argument, das für die Zubilligung der Klagebefugnis an den Ombudsmann in Fällen wie dem vorliegenden geltend gemacht wird, baut auf der im Verfassungstext vorgenommenen Zweiteilung der Aufgaben des Ombudsmannes auf. Nach Art. 86 soll er die Menschenrechte und die übrigen von der Verfassung und den Gesetzen anerkannten Rechte, Garantien und Interessen gegenüber Handlungen, Rechtsakten und Unterlassungen der Verwaltung schützen und die Ausübung der öffentlichen Verwaltungsfunktionen (*funciones administrativas públicas*) überwachen. Aus der gesonderten Erwähnung der Kontrolle öffentlicher Verwaltungsfunktionen folgt, daß diese auch unabhängig von möglichen Rechtsverletzungen durchzuführen ist. Das Gesetz über den Ombudsmann erstreckt diese Kontrolle auf alle Stellen, die materiell Funktionen der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen, unabhängig davon, ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert sind.²⁸ Daher wird in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, der Kontrollauftrag des Ombudsmannes sei umfassend zu verstehen und müsse eine Klagebefugnis in den Fällen einschließen, in denen die Normsetzungstätigkeit der Verwaltung über den verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmen hinausgehe.²⁹ Diese Argumentation erscheint allerdings wenig überzeugend. Bei der Ausübung des Notverordnungsrechts durch die Exekutive handelt es sich materiell, wie noch zu zeigen sein wird (siehe sogleich unter V.), um Gesetzgebung. Selbst bei weitester Auslegung des Begriffes "Verwaltungsfunktionen" i.S. des Art. 86 vermag daher diese Vorschrift eine Kontrolle der Ausübung des Notverordnungsrechts durch die Exekutive und eine darauf gestützte Klagebefugnis nicht zu rechtfertigen. Hinzu kommt, daß es sich bei dem Ombudsmann um ein unabhängiges Organ im Wirkungsbereich des Kongresses ("en el ámbito del Congreso") handelt. Für die Ausübung des parlamentarischen Kontrollrechts bei der Ausübung des Notverordnungsrechts sieht die Verfassung je-

²⁷ Dies wird übersehen von Padilla, *ibid.*, der pauschal auf eine Befugnis des Ombudsmanns zur Verteidigung der Integrität der Verfassung abstellt.

²⁸ Colautti (Anm. 4), 201.

²⁹ Colautti (Anm. 2), 2.

doch ein besonderes parlamentarisches Organ vor, den Ständigen Gemeinsamen Ausschuß der beiden Kammern (Comisión Bicameral Permanente). Für die Annahme einer Kontrollfunktion des Ombudsmannes ist in diesem Bereich daher kein Raum.

V. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle präsidialer Notverordnungen

Die Richtermehrheit begnügte sich indessen nicht damit, die fehlende Zuständigkeit des Bundesgerichts erster Instanz zum Erlaß der angefochtenen einstweiligen Anordnung darzulegen. Sie nahm vielmehr in grundsätzlicher Weise zu der Frage Stellung, in welchem Umfang präsidiale Notverordnungen nach Art. 99 Abs. 3 der argentinischen Verfassung der Inzidentkontrolle durch die Gerichte unterliegen. Die Richtermehrheit stellt insoweit darauf ab, daß die Notverordnung über die Durchführung der Flughafenprivatisierung keine der Rechtsmaterien betrifft, die nach Art. 99 Abs. 3 der Regelung durch Parlamentsgesetz vorbehalten sind, und die Verordnung dem Kongreß von der Regierung formell ordnungsgemäß zur Kenntnis gegeben worden war. Bei Erfüllung dieser Voraussetzungen soll allein eine politische Kontrolle der Notverordnung durch den Kongreß möglich sein. Der politischen Einschätzung durch den Kongreß unterliegt insbesondere die Frage, ob die von Art. 99 Abs. 3 geforderten außergewöhnlichen Umstände gegeben sind, welche die Durchführung eines normalen Gesetzgebungsverfahrens unmöglich machen.³⁰

Die wirksame Ausübung dieser Kontrollfunktion durch den Kongreß war nach Ansicht der Mehrheit auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil das von der Verfassung vorgesehene Ausführungsgesetz, in dem die Einzelheiten der parlamentarischen Kontrolle geregelt werden sollen, bisher nicht erlassen und der Ständige Gemeinsame Ausschuß der beiden Kammern, dem die Notverordnungen gemäß Art. 99 Abs. 3 vorzulegen sind, nicht eingesetzt worden ist. Dieses Versäumnis könne nicht zur Folge haben, dem Staatspräsidenten "sine dia" die Ausübung einer Kompetenz zu verwehren, die ihm die Verfassung ausdrücklich zugestanden habe.³¹ Zwar erkennt das Mehrheitsvotum die Zulässigkeit einer gerichtlichen Inzidentkontrolle der Verfassungsmäßigkeit des Inhalts der Notverordnung ausdrücklich an, beschränkt sie jedoch auf die Vereinbarkeit mit den im Ersten Teil der Verfassung garantierten Rechten und Grundfreiheiten.³²

Die Mehrheit qualifizierte den Erlaß von Notverordnungen nach Art. 99 Abs. 3 als eine Form der gemeinsamen Gesetzgebung (*actividad colegislativa*) von Präsident und Kongreß.³³ Dies erlaubte ihr, an die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes anzuknüpfen, die eine Zuständigkeit der Gerichte zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Durchführung des Gesetzgebungsverfahrens ablehnt.³⁴

³⁰ Consid. 14–15 des Mehrheitsvotums, La Ley, t.1997 – F, 893.

³¹ Consid. 13 des Mehrheitsvotums, *ibid.*

³² Consid. 23, La Ley, t.1997 – F, 895.

³³ Consid. 18, La Ley, t.1997 – F, 894.

³⁴ Vgl. zu dieser Rechtsprechung Colautti (Anm. 4), 53f.m.N.

Ebenso müsse die Regelung der Probleme, die bei der Durchführung des Verfahrens zum Erlaß von Notverordnungen auftreten könnten, dem politischen Prozeß überlassen bleiben und könne keinesfalls durch gerichtliche Annullierung der Wirkungen dieses Verfahrens erfolgen.³⁵

Von den dissentierenden Richtern ging nur Richter Fayt ausführlicher auf die verfassungsmäßigen Voraussetzungen des Erlasses von Notverordnungen ein. Er wies darauf hin, daß es sich bei der Kompetenz zum Erlaß von Notverordnungen um eine Ausnahme von dem an die Exekutive gerichteten Verbot handelt, Vorschriften mit Gesetzescharakter zu erlassen. Ihre Ausübung sei an die Einhaltung der in Art. 99 Abs.3 normierten verfahrensmäßigen und materiellen Voraussetzungen geknüpft. Zu den prozeduralen Voraussetzungen gehöre die Übermittlung der von der Exekutive beschlossenen Notverordnung innerhalb von zehn Tagen an den zu diesem Zweck gebildeten Ständigen Gemeinsamen Ausschuß des Parlaments, der sie zu beraten und binnen einer Frist von weiteren zehn Tagen zur sofortigen Behandlung an die Kammern weiterzuleiten habe. Da das in Art. 99 Abs.3 vorgeschriebene Ausführungsgesetz zur Regelung der Einzelheiten des parlamentarischen Kontrollverfahrens bisher nicht ergangen sei, seien die Voraussetzungen für die Durchführung des verfassungsrechtlich normierten Verfahrens zum Erlaß von Notverordnungen nicht gegeben, so daß schon aus diesem Grund das Dekret Nr. 842/97 nicht wirksam habe beschlossen werden können.³⁶

Materielle Voraussetzung für den Rückgriff auf das Notverordnungsrecht sei das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die eine Verabschiedung der erforderlichen Dringlichkeitsmaßnahmen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nicht zuließen. Davon könne nur in Grenz- und Katastrophensituationen ausgegangen werden. Die Existenz der von der Verfassung geforderten außergewöhnlichen Umstände unterliege sehr wohl der gerichtlichen Nachprüfung. Im zu entscheidenden Fall habe die Regierung die Notwendigkeit und Dringlichkeit der von ihr ergriffenen Maßnahme nicht darlegen können. Die operationelle Kontrolle der zur Privatisierung vorgesehenen Flughäfen durch die nationalen Behörden sei jederzeit gewährleistet gewesen. Das erforderliche Privatisierungsgesetz habe sich zum Zeitpunkt des Erlasses im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren befunden, in dem es auch schon die Zustimmung der zuständigen Ausschüsse des Abgeordnetenhauses erhalten hatte. Eine außergewöhnliche Lage, die den Rückgriff auf das Verfahren nach Art. 99 Abs.3 hätte rechtfertigen können, habe daher nicht vorgelegen.³⁷

Bei dem Urteil der Corte Suprema handelt es sich um die erste Grundsatzentscheidung zu der durch die Verfassungsreform von 1994 vorgenommenen Neuregelung der Kompetenz des Staatspräsidenten zum Erlaß von Notverordnungen. Die argentinische Verfassung von 1853 sah ein Notverordnungsrecht des Staatspräsidenten nicht vor. Der Präsident konnte lediglich durch Ausübung seines

³⁵ Consid. 18, La Ley, t.1997 – F, 894.

³⁶ Consid. 18 des Sondervotums Fayt, La Ley, t.1997 – F, 899f.

³⁷ Consid. 19 des Sondervotums Fayt, La Ley, t.1997 – F, 900.

Initiativ- und Vetorechts am Gesetzgebungsverfahren mitwirken. Im übrigen waren seine Rechtsetzungsbefugnisse auf den Erlaß von Verordnungen zur Ausführung der vom Kongreß beschlossenen Gesetze beschränkt. In der Verfassungspraxis sind Notverordnungen jedoch schon in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten der Verfassung von 1853 erlassen worden³⁸. Bis zum Beginn der Präsidentschaft Carlos Menems scheint der Rückgriff auf das Notverordnungsrecht ein quantitativ begrenztes Phänomen geblieben zu sein. So wurden in dem Zeitraum zwischen 1853 und 1989 nur rund dreißig Notverordnungen gezählt.³⁹ Seit Mitte 1989 nahm der Gebrauch dieses Instruments jedoch zunehmend pathologische Züge an. Von Juli 1989 bis Dezember 1993 unterzeichnete Präsident Menem 308 Not- und Dringlichkeitsverordnungen, die neben wichtigen Materien auch eher untergeordnete Fragen wie die Fernsehübertragung von Fußballspielen und die kostenlose Lieferung von Zement an Bolivien betrafen.⁴⁰

Der Oberste Gerichtshof setzte sich erstmals in der Entscheidung *Peralta y otro c Estado Nacional* grundsätzlich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Notverordnungen auseinander. Er erklärte sie unter zwei Voraussetzungen für verfassungsrechtlich unbedenklich: Zum einen dürfe der Kongreß in Ausübung seiner Gesetzgebungsbefugnis keine Regelungen treffen, die der durch Dekret angeordneten Maßnahme widersprechen. Zum anderen müsse eine schwerwiegende gesellschaftliche Gefahr ("grave riesgo social") gegeben sein, die Dringlichkeitsmaßnahmen der in der Notverordnung angeordneten Art erforderlich mache, ohne daß ihr Ziel auf andere Weise ebenso wirksam erreicht werden könne.⁴¹ Diese Rechtsprechung lief darauf hinaus, das Schweigen des Parlaments zu der von der Regierung erlassenen Notverordnung als Zustimmung zu interpretieren. Eine solche Sichtweise war nicht nur mit hergebrachten Grundsätzen des argentinischen öffentlichen Rechts schwer zu vereinbaren,⁴² sondern auch praktisch wenig befriedigend, weil in den wenigen Fällen, in denen das Parlament tatsächlich von seiner Korrekturmöglichkeit Gebrauch machte, der Staatspräsident postwendend sein Veto gegen das entsprechende Gesetz einlegte unter ausdrücklichem Hinweis darauf, daß er keine Notwendigkeit sehe, die durch Dekret verfügten Maßnahmen zu modifizieren.⁴³

³⁸ Vgl. Gabriel Negretto, *Emergencia y crisis constitucional en la Argentina*, *El Derecho*, t. 154, 898 m.N.

³⁹ Delia Ferreira/Matteo Goretti, *Gobierno por decreto en Argentina (1989 – 1993)*, *El Derecho*, t. 158, 853.

⁴⁰ Ferreira/Goretti (Anm. 39), 853 ff. Dabei zählen die Autoren neben den Verordnungen, die ausdrücklich als Notverordnungen bezeichnet wurden (159), auch solche Verordnungen zu dieser Kategorie, die ohne entsprechende parlamentarische Ermächtigung vom Parlament erlassene Gesetze modifizierten oder eine dem Kongreß vorbehaltene Materie regelten, also nicht auf die verfassungsmäßige Verordnungskompetenz gestützt werden konnten, *ibid.*

⁴¹ *El Derecho*, t. 141, 519.

⁴² Negretto (Anm. 38), 901.

⁴³ Alejandro Saiz Arnaiz, *Forma de gobierno y estructura del poder ejecutivo: el presidencialismo argentino tras la revisión constitucional de 1994*, *Revista de Estudios Políticos* 97 (1997), 217.

Es war deshalb eines der zentralen Anliegen der Verfassungsreform vom 22. August 1994, die "Regierung per Dekret" verfassungsrechtlich zu kanalisieren und einzuschränken. Die Rechtsetzungsbefugnisse des Staatspräsidenten sind nunmehr in Art. 99 Abs. 2 und 3 der argentinischen Verfassung geregelt. Nach Art. 99 Abs. 2 erläßt der Präsident die Anordnungen und Vorschriften, die zur Ausführung der Bundesgesetze erforderlich sind. Dabei darf er ihren Sinn nicht durch Ausnahmeregelungen in der Ausführungsverordnung verfälschen. Gemäß Art. 99 Abs. 3 wirkt er an der Verabschiedung der Gesetze nach Maßgabe der Verfassung mit, verkündet sie und sorgt für ihre Veröffentlichung. Hingegen verbietet es der zweite Unterabsatz dieser Bestimmung der Exekutivgewalt unter Androhung "absoluter und unheilbarer Nichtigkeit", selbst Vorschriften mit Gesetzescharakter zu erlassen.⁴⁴

Eine Ausnahme von diesem strikten Verbot sieht die Verfassung nur in zwei Fällen vor. Nach Art. 76 kann der Kongreß seine Gesetzgebungsbefugnisse unter bestimmten Bedingungen auf die Exekutive übertragen. Die Delegation muß sich auf bestimmte Materien der Verwaltung oder bestimmte Fragen im Zusammenhang mit einem öffentlichen Notstand (*emergencia publica*) beziehen und zeitlich befristet sein. Mit Ablauf der Frist wird die Gesetzgebungskompetenz der Exekutive hinfällig. Ihre Ausübung muß sich im Rahmen der durch das Ermächtigungsgesetz gezogenen Grenzen halten.

Die zweite Ausnahme betrifft den Erlaß von Not- und Dringlichkeitsverordnungen. Art. 99 Abs. 3 Unterabs. 3 sieht vor, daß eine Notverordnung nur in Betracht kommt, wenn außergewöhnliche Umstände die Durchführung eines Gesetzgebungsverfahrens nach den Vorschriften der Verfassung unmöglich machen. Die Notverordnung darf keine Bestimmungen zum Straf-, Steuer-, Wahl- oder Parteienrecht enthalten. Sie wird vom Staatspräsidenten im Einvernehmen mit den zur Gegenzeichnung befugten Ministern und dem Kabinettschef (*jefe de gabinete*) beschlossen. Die parlamentarische Mitwirkung ist in Unterabsatz 4 geregelt. Der Regierungschef muß die Maßnahme innerhalb von zehn Tagen dem Ständigen Gemeinsamen Ausschuß der beiden Kammern des Parlaments übermitteln, in dem die politischen Parteien entsprechend dem jeweiligen Kräfteverhältnis in den Kammern vertreten sind. Der Ausschuß seinerseits leitet seine Beschlußvorlage vor Ablauf von zehn Tagen dem Plenum der jeweiligen Kammer zur Beratung zu, die unverzüglich beginnen muß. Ein spezielles Gesetz, das in beiden Kammern jeweils mit der absoluten Mehrheit der Mitglieder beschlossen werden muß, soll das Verfahren und die Wirkungen der parlamentarischen Intervention regeln.

Das in Art. 99 Abs. 3 Unterabs. 4 erwähnte Ausführungsgesetz wird seit fast zwei Jahren im Kongreß beraten, ohne daß es bislang zu seiner Verabschiedung gekommen wäre. Daran knüpft sich die Frage, ob die Exekutive generell an dem Erlaß von Notverordnungen gehindert ist, solange der Kongreß nicht die institutionellen und prozeduralen Voraussetzungen für die Durchführung des in Art. 99

⁴⁴ "El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nullidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo."

Abs.3 Unterabs. 4 vorgesehenen Verfahrens geschaffen hat. Die herrschende Meinung in der argentinischen Literatur bejaht im Unterschied zur Mehrheit des Obersten Gerichtshofes diese Frage.⁴⁵ Ihre Auffassung erscheint vorzugswürdig. Mit der Schaffung des Art. 99 Abs.3 sollte das Notverordnungsrecht der Exekutive in engen Grenzen anerkannt, zugleich aber seine Ausübung einer effektiven parlamentarischen Kontrolle unterworfen werden. Eine solche Kontrolle hatte vor 1994 nicht stattgefunden⁴⁶, ein Zustand, der vom Obersten Gerichtshof in der *Peralta*-Entscheidung verfassungsrechtlich abgesegnet worden war. Die Absicherung einer effektiven parlamentarischen Mitwirkung ist der Preis, den die Anhänger einer starken Exekutivgewalt für die verfassungsrechtliche Sanktionierung des Notverordnungsrechts zahlen mußten. Der neue Art. 82, der gerade im Hinblick auf die durch die Reform von 1994 erfolgte Anerkennung des Notverordnungsrechts der Exekutive in den Verfassungstext aufgenommen worden ist,⁴⁷ bestimmt, daß sich der Wille jeder Kammer ausdrücklich manifestieren muß; eine stillschweigende oder fingierte Zustimmung ist in jedem Fall ausgeschlossen.⁴⁸ Auch bei dem Erlaß von Notverordnungen nach Art. 99 Abs.3 handelt es sich materiell, wie auch die Mehrheit des Obersten Gerichtshofes anerkennt, um Gesetzgebung.⁴⁹ Die Besonderheit bei dem Erlaß von Notverordnungen besteht nur in der zeitlichen Verkürzung des Normsetzungsverfahrens gegenüber dem gewöhnlichen Gesetzgebungsprozeß. Nimmt aber der Kongreß bei der Ausübung seiner Kontrollfunktion im Rahmen des Art. 99 Abs.3 Gesetzgebungsfunktionen wahr, so muß auch hier der Grundsatz des Art. 82 gelten, wonach die Kammern ihre Zustimmung oder ihre Ablehnung nur ausdrücklich manifestieren können.⁵⁰ Solange jedoch das Ausführungsgesetz zu Art. 99 Abs.3 Unterabs. 4, das regelt, in welcher Form und in welchem Verfahren die Kammern ihre Billigung oder ihre Ablehnung einer Notverordnung zum Ausdruck bringen, noch nicht erlassen ist, sind die Voraussetzungen für die Anwendung der Bestimmung nicht gegeben. Eine andere Sichtweise würde, wie gerade der von der Corte Suprema entschiedene Fall demonstriert, eine Rückkehr zum Rechtszustand vor 1994 bedeuten.

Die systematische Stellung und der Sinn und Zweck des Art. 99 Abs.3 der argentinischen Verfassung geben auch Aufschluß darüber, inwieweit die nach dieser Vorschrift erlassenen Notverordnungen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen. Bei dem Notverordnungsrecht der Exekutive handelt es sich um eine eng begrenzte Ausnahme von dem in Art. 99 Nr.2 normierten Verbot, Vorschriften mit Gesetzescharakter zu erlassen. Der Verstoß gegen dieses Verbot führt

⁴⁵ Bidart Campos (Anm. 2), 5; Quiroga Lavié (Anm. 2), 2; Padilla (Anm. 2), 5.

⁴⁶ Padilla, *ibid.*

⁴⁷ Alejandro Pérez Hualde, *Decretos de Necesidad y Urgencia: Su Ley Especial*, in: Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Politicos, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, II, Mendoza 1995, 218.

⁴⁸ "La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta."

⁴⁹ Consid. 18 des Mehrheitsvotums, *La Ley*, t.1997-F, 894 ("actividad legislativa").

⁵⁰ Zarini (Anm. 10), 329.

nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift zu ihrer "absoluten und unheilbaren Nichtigkeit". Dabei handelt es sich gerade nicht um eine bloß politische, sondern um eine rechtliche Sanktion. Erläßt die Exekutive nun Notverordnungen, ohne daß die Voraussetzungen des Art. 99 Abs.3 vorliegen, so handelt es sich nach der Regel-Ausnahme-Systematik der Verfassung um einen Verstoß gegen das Verbot des Erlasses von Vorschriften mit Gesetzescharakter durch die Exekutive.⁵¹ Die hierfür von der Verfassung vorgesehene Sanktion, die Ungültigkeit der entsprechenden Norm, kann jedoch nicht von den politischen Organen, sondern nur durch die Gerichte festgestellt werden, denn nur sie verfügen nach Art. 116 über die Befugnis zur verbindlichen Auslegung der Verfassung. Dies muß die Befugnis einschließen, die Voraussetzungen für den Erlass einer Notverordnung, nämlich das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die den Rückgriff auf das gewöhnliche Gesetzgebungsverfahren unmöglich machen, zu überprüfen. Wäre diese Prüfung allein dem politischen Organ Parlament vorbehalten, so würde die Überschreitung der dem Präsidenten ausnahmsweise eingeräumten Kompetenz zum Erlass von Vorschriften mit Gesetzescharakter entgegen dem unbedingten Wortlaut des Art. 99 Nr.2 (*en ningún caso*) ohne rechtlich wirksame Sanktion bleiben.

VI. Die "inhärenten Befugnisse" des Obersten Gerichtshofes zur Überprüfung verfassungsrechtlich erheblicher Entscheidungen der unteren Gerichte

Von zentraler Bedeutung für die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes war schließlich die Frage, ob der Gerichtshof zur Überprüfung der von der Bundesrichterin erster Instanz mit der Aussetzung des Dekrets Nr.842/97 möglicherweise begangenen Kompetenzüberschreitung überhaupt befugt war. Gegen die Verhängung der einstweiligen Anordnung stand der Regierung nämlich die Berufung zum Appellationsgericht (Cámara Federal de Apelaciones) offen, die von ihr auch eingelegt wurde. Den gleichzeitig vor dem Obersten Gerichtshof gestellten Antrag auf Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung rechtfertigte die Regierung unter Hinweis auf die durch die einstweilige Anordnung geschaffene prekäre institutionelle Lage. Durch sie werde der von Regierung und Kongreß zur Behebung der schwerwiegenden Mängel des argentinischen Flughafensystems für notwendig gehaltene Prozeß der Konzessionierung geeigneter Flughäfen an private Betreiber unterbrochen und der Regierung die Ausübung des ihr verfassungsmäßig zustehenden Notverordnungsrechts unmöglich gemacht. Die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes zur Entscheidung über den Aufhebungsantrag unter Auslassung der Berufungsinstanz leitete die Regierung aus Art. 24 Abs.7 des Bundesgesetzes Nr.1258/58 ab, der dem Obersten Gerichtshof die Zuständigkeit für die Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen bestimmten Bundesorganen überträgt. Subsidiär berief sie sich auf die durch die erstinstanzliche Entscheidung geschaffene schwerwiegende institutionelle Lage,

⁵¹ *Ibid.*, 366.

die eine Durchführung des Verfahrens vor dem Berufungsgericht nicht zulasse, vielmehr ein sofortiges Eingreifen der Corte Suprema erforderlich mache.

Der sachliche Gehalt der von der Regierung in der Kompetenzfrage vorgebrachten Argumente erschließt sich erst nach einem kurzen Blick auf die Grundzüge der argentinischen Gerichtsorganisation und die durch die Verfassung vorgegebenen und durch Gesetzgebung und Rechtsprechung weiter entfalteten Grundsätze für die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt durch den Obersten Gerichtshof. Argentinien ist als Bundesstaat organisiert (Art. 1 der Verfassung). Der Bund und die Provinzen verfügen jeweils über ihre eigene, streng voneinander getrennte Gerichtsbarkeit. Grundsätzlich ist ein Rechtsstreit, der vor einem Provinzgericht begonnen wurde, auch vor den Provinzgerichten zu Ende zu bringen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn in dem Rechtsstreit die Vereinbarkeit einer Maßnahme eines provinziellen Hoheitsträgers mit dem Bundesrecht i.S. des Art. 31 der argentinischen Verfassung (*question federal*) oder die Verfassungsmäßigkeit eines Aktes öffentlicher Gewalt umstritten ist. In diesen Fällen kann ausnahmsweise gegen die von den Provinzialgerichten erlassenen endgültigen Urteile Berufung zum Obersten Gerichtshof eingelegt werden (daher die Bezeichnung "recurso extraordinario").⁵²

Die Bundesgerichtsbarkeit besteht aus den Gerichten der ersten Instanz, den Bundesberufungsgerichten und dem Obersten Gerichtshof. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Bundesgerichten ist in Art. 117 der Verfassung geregelt. Danach fungiert die Corte Suprema grundsätzlich als Berufungsgericht "según las reglas y las excepciones que prescriba el Congreso". Eine originäre und ausschließliche Zuständigkeit besitzt der Oberste Gerichtshof nur in Rechtsstreitigkeiten, in denen ausländische Botschafter, Regierungsmitglieder und Konsuln beteiligt sind oder eine Provinz Partei ist. Die Voraussetzungen, unter denen diese originäre Zuständigkeit ausgeübt wird, sind im einzelnen in Art. 24 des Gesetzes Nr. 1285/58 normiert.⁵³

Neben den von der Verfassung bereits vorgesehenen Fällen statuiert Art. 24 Abs. 7 des Gesetzes Nr. 1285/58 eine originäre Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes auch bei Kompetenzkonflikten innerhalb der Bundesgerichtsbarkeit. So ist die Corte Suprema zuständig für die Bestimmung des für die Entscheidung eines anhängigen Verfahrens zuständigen Gerichts, wenn darüber Meinungsverschiedenheiten zwischen (Einzel-)Richtern und (Kollegial-)Gerichten des Bundes bestehen, die sonst mangels eines zur Vornahme der Kompetenzabgrenzung befugten übergeordneten Gerichts ohne Lösung blieben. Die Vorschrift bezieht sich nach ihrem Wortlaut eindeutig nur auf die autoritative Abgrenzung der Zuständigkeiten innerhalb der rechtsprechenden Gewalt des Bundes. Der Oberste Gerichtshof hat seine Zuständigkeit nach dieser Vorschrift aber auch auf Fälle erstreckt, in denen es um Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten des Bundes und

⁵² Dies ergibt sich im einzelnen aus Art. 14 des Gesetzes Nr. 48, dazu Colautti (Anm. 4), 311 f.; Barberis (Anm. 10), 44 ff.

⁵³ Eingehend Colautti (Anm. 4), 306 ff.

Behörden ging, die aufgrund einschlägiger gesetzlicher Regelungen bestimmte Rechtsprechungs- bzw. rechtsprechungsähnliche Funktionen wahrnehmen, wie die Zollbehörden, die Militärgerichte und bestimmte Einrichtungen der Finanzverwaltung.⁵⁴

Stets ging es in den von der bisherigen Rechtsprechung entschiedenen Fällen jedoch um die Entscheidung von Kompetenzkonflikten im Hinblick auf die Ausübung von Rechtsprechungs- oder rechtsprechungsähnlichen Funktionen. Der Konflikt, um dessen Lösung die Regierung den obersten Gerichtshof in dem Rechtsstreit über die Flughafenprivatisierung ersuchte, war demgegenüber von grundsätzlich anderer Art. Er betraf die Kontrolle der Exekutive durch die Gerichte bei der Ausübung der von ihr in Anspruch genommenen Rechtsetzungsbefugnisse. Selbst bei weitester Auslegung stellt dies keine Streitigkeit dar, die vom Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 7 des Gesetzes Nr. 1285/85 erfaßt wird, soll diese Vorschrift nicht jeglicher Konturen beraubt und die Regel des Art. 117, wonach die erstinstanzliche Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes die Ausnahme ist, in ihr Gegenteil verkehrt werden.⁵⁵ In der Urteilsbegründung der Mehrheit wurde bezeichnenderweise auf Art. 24 Abs. 7 des Gesetzes Nr. 1285/85 als formelle Grundlage der Aufhebungsentscheidung auch nicht ausdrücklich Bezug genommen.

Hinsichtlich der Funktion des Obersten Gerichtshofes als Berufungsgericht ist zu unterscheiden zwischen der Zuständigkeit der Corte Suprema als ordentliches Berufungsgericht (*competencia apelada ordinaria*) und seiner Zuständigkeit als außerordentlicher Berufungsinstanz (*competencia apelada extraordinaria*). Letztere bezieht sich auf die Funktion des Obersten Gerichtshofes als Hüter des Bundesrechts gegenüber den Provinzgerichten und ganz allgemein auf seine Rolle als oberster Wächter der Verfassung. In seiner Eigenschaft als ordentliches Berufungsgericht prüft der Oberste Gerichtshof die Entscheidung der Vorinstanz in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend nach. Als außerordentliche Berufungsinstanz beschränkt sich hingegen seine Funktion auf die Kontrolle der richtigen Auslegung der Verfassung und des sonstigen Bundesrechts.⁵⁶

Auch in seiner Funktion als außerordentliche Berufungsinstanz ist der Oberste Gerichtshof jedoch an die prozessualen Voraussetzungen gebunden, die der einfache Gesetzgeber für sein Tätigwerden aufstellt (so muß etwa in Fällen, in denen es um die Vereinbarkeit einer von Provinzialorganen erlassenen Maßnahme mit Bundesrecht geht, grundsätzlich ein letztinstanzliches Urteil eines Provinzialgerichts vorliegen). Die Corte Suprema hat jedoch in der Vergangenheit für sich das Recht in Anspruch genommen, in bestimmten Fallkonstellationen trotz des Fehlens einzelner prozessualer Voraussetzungen für ihr Tätigwerden als Berufungsinstanz über die vorgelegte Frage in der Sache zu entscheiden. Dazu zählen nach einer be-

⁵⁴ Überblick über diese Rechtsprechung mit umfangreichen Nachweisen in consid. 6 des Sondervotums Petracchi, La Ley, t.1997 – F, 901.

⁵⁵ Consid. 7 des Sondervotums Petracchi, La Ley, t.1997 – F, 901 f.

⁵⁶ Colautti (Anm. 4), 305 f.

reits fest etablierten Rechtsprechung die Fälle der "gravedad institucional". Diese Kategorie betrifft die Entscheidung von Streitigkeiten durch die Corte Suprema, in denen Rechtsprobleme im Mittelpunkt stehen, die eine über den Ausgangsfall hinausweisende, allgemeine ("institutionelle") Dimension aufweisen, deren Wirkungen sich also nicht auf die Parteien des Ausgangsverfahrens beschränken lassen. Zur Entscheidung über Fragen einer solchen "institutionellen Dimension" ist die Corte auch ohne Vorliegen der an und für sich für ihr Tätigwerden notwendigen prozessualen Voraussetzungen befugt.⁵⁷ In einer Entscheidung aus dem Jahr 1990 hat der Oberste Gerichtshof dann erstmals ausgesprochen, daß die Existenz einer Rechtsfrage von institutioneller Bedeutung auch die direkte Berufung gegen eine Entscheidung des Bundesgerichts erster Instanz zum Obersten Gerichtshof rechtfertigt, unter Überspringung des eigentlich für die Durchführung des Berufungsverfahrens zuständigen Bundesgerichts zweiter Instanz (*salto de instancia* bzw. *avocación*).⁵⁸ Diese Rechtsprechung wurde von Richter Fayt mit der Begründung kritisiert, daß sie zur Aushebelung der gesetzlich fixierten Zuständigkeitsordnung⁵⁹ durch ein richterrechtlich entwickeltes Institut führe.⁶⁰ Mit der Entscheidung in der Rechtssache *Unión Obrera Metalúrgica c Estado nacional* vom 30. April 1996 gab der Oberste Gerichtshof seiner Rechtsprechung dann die entscheidende Wendung. Dieses Urteil erstreckte die Rechtsprechung zur "gravedad institucional" ausdrücklich auf den Fall, in dem ein Gericht unter Überschreitung seiner Rechtsprechungsbefugnisse in die Kompetenzen anderer Staatsorgane eingreift. Eine solche Zuständigkeitsüberschreitung stelle unabhängig davon, ob man sie als jurisdiktionellen Kompetenzkonflikt nach Art. 24 Abs. 7 des Gesetzes Nr. 1285/58 oder als Gewaltenteilungskonflikt im engeren Sinne qualifiziere, eine institutionelle Frage von größtem Gewicht dar, die nicht ohne Lösung bleiben dürfe, ohne daß es insoweit darauf ankomme, ob hierfür spezielle prozessuale Rechtsbehelfe zur Verfügung stünden oder nicht.⁶¹

An diese Argumentation knüpfte die Mehrheit in der Entscheidung über die Privatisierung der staatlichen Flughäfen an. Sie berief sich darauf, daß dem Obersten Gerichtshof in seiner Eigenschaft als oberstes Organ der Rechtsprechung und höchste Instanz zur verbindlichen Auslegung der Verfassung die "inhärente" Befugnis (*prerrogativa implícita*) zustehe, nicht nur die Übergriffe anderer staatlicher Organe auf die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt abzuwehren, sondern auch die Einhaltung der funktionellen Grenzen der (Verfassungs-) Gerichtsbarkeit durch die Gerichte selbst zu überprüfen.⁶² Diese allgemeine Kontrollfunktion

⁵⁷ Eingehende Analyse der umfangreichen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur "gravedad institucional" bei Fernando Barrancos y Vedia, *Recurso extraordinario y "gravedad institucional"*, 2. Aufl., Buenos Aires 1991, 51 ff.; ferner Colautti (Anm. 4), 329 ff.

⁵⁸ La Ley, t. 1990 - E, 95 (*Dromi, José R. s/ avocación en: Fontela, Moisés c/ Estado nacional*).

⁵⁹ Die Zuständigkeit der Bundesberufungsgerichte für Berufungen gegen die Entscheidungen der Bundesgerichte erster Instanz ist durch das Gesetz 4055 geregelt, vgl. Colautti (Anm. 4), 314 ff.

⁶⁰ La Ley, t. 1990 - E, 104 ff.

⁶¹ La Ley, t. 1996 - B, 350 (consid. 4) mit abweichendem Sondervotum des Richters Fayt.

⁶² Entscheidung vom 17.12.1997 (Anm. 3), consid. 8.

wird von der ausdrücklich geregelten Tätigkeit der Corte als erstinstanzliches Gericht und Berufungsinstanz nach Art. 117 der Verfassung getrennt und damit zugleich der Geltung der hierauf bezogenen einfachgesetzlichen Vorschriften entzogen. Nur so wird die Feststellung des Mehrheitsvotums, die Wahrnehmung der inhärenten Kontrollbefugnis stelle weder die Ausübung einer – verfassungsrechtlich verbotenen – erstinstanzlichen Gerichtsbarkeit noch ein Überspringen des Instanzenzuges dar, verständlich.⁶³ Sind die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Regeln für die streitentscheidende Tätigkeit des Obersten Gerichtshofes auf die Wahrnehmung dieser Funktion nicht anwendbar, dann kann die Zulässigkeit seines Eingreifens auch nicht von der Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Instanzenzuges, sondern nur von dem Vorliegen eines Rechtsproblems mit einer über den konkreten Fall hinausweisenden "institutionellen Dimension" abhängen, dessen Lösung eine unmittelbare Intervention der Corte erforderlich macht.

Die mit der Entscheidung zur Flughafenprivatisierung bestätigte und intensivierte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Ausübung seiner inhärenten Kontrollbefugnisse gegenüber der von den unteren Instanzen durchgeführten Prüfung der Verfassungsmäßigkeiten von Akten der anderen Gewalten begegnet in mehrfacher Hinsicht grundsätzlichen Bedenken. Dies gilt zunächst für die weite Auslegung, die das Gericht dem aus der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung übernommenen Konzept der "implied powers" im Hinblick auf die eigenen Befugnisse gegeben hat. Es ist schon zweifelhaft, ob die Annahme "inhärenter", in der Verfassung nicht normierter Befugnisse des Obersten Gerichtshofes verfassungsrechtlich überhaupt gerechtfertigt werden kann. Von einer Reihe argentinischer Autoren wird die Anwendung dieses Konzepts auf den Obersten Gerichtshof von vornherein abgelehnt.⁶⁴ In den Vereinigten Staaten, in denen das Konzept der "implied powers" entwickelt wurde, wird es vornehmlich auf die Gesetzgebungsbefugnis des Kongresses im Verhältnis zu den Einzelstaaten angewendet.⁶⁵ Diese Beschränkung macht auch Sinn. Bindende Regeln für die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt ergeben sich nur aus der Verfassung, die eine vergleichsweise geringere normative Dichte und Präzision aufweist, so daß sich hier die Frage nach einer Abrundung der geschriebenen Kompetenzen durch – zurückhaltend interpretierte – "implied powers" durchaus stellen kann. Exekutive und Judikative sind jedoch bei der Ausübung ihrer Kompetenzen nicht nur an die Verfassung, sondern auch an die Gesetze gebunden, die ihre Tätigkeit meist detailliert regeln. Für die Annahme von "implied powers" wird daher sehr viel seltener ein echtes sachliches Bedürfnis bestehen. Demgegenüber besteht die Ge-

⁶³ *Ibid.*, consid. 21.

⁶⁴ Padilla (Anm. 2), 3 m.w.N.

⁶⁵ Vgl. Willian van Alstyne, Stichwort "Implied Powers", in: Leonard Levy/Kenneth Karst/Dennis Mahoney (Hrsg.), *Encyclopedia of the American Constitution*, Bd. 2, New York 1986, 962 ff. Allerdings ist der Begriff hierauf nicht beschränkt, wie die von van Alstyne, *ibid.*, 963, aufgeführten Beispiele für sonstige "implied powers" der drei Bundesgewalten (Kongreß, Supreme Court und US-Präsident) zeigen.

⁶⁶ Ausführlicher Überblick über die Rechtsprechung im Schlußantrag von Generalanwalt Baccera, *La Ley*, t.1997 – F, 891.

fahr, daß mit Hilfe der "implied powers" – insbesondere dann, wenn sie in der Verfassung verortet werden – die gesetzlich vorgesehenen Kompetenzschränken ausgehöhlt werden. Diese Gefahr ist im Falle des Obersten Gerichtshofes besonders groß, weil die Auslegung der Verfassung durch das höchste Gericht ihrerseits nicht der Kontrolle durch andere staatliche Organe unterliegt.

Will man daher die Konzeption der "implied powers" auch für die Kompetenzausübung des Obersten Gerichtshofes fruchtbar machen, so ist äußerste Zurückhaltung geboten. In seiner früheren Rechtsprechung hatte sich der Oberste Gerichtshof auch um eine enge Interpretation dieser ungeschriebenen Kompetenzen bemüht. Unter "inhärenten" Befugnissen der staatlichen Organe verstand er (nur) solche, die zur wirksamen Ausübung der dem betreffenden Organ ausdrücklich eingeräumten Kompetenzen unverzichtbar sind, die also nicht unabhängig von diesen bestehen, sondern im Verhältnis zu ihnen eine untergeordnete, dienende Funktion haben.⁶⁶ Von diesen strikten Vorgaben weicht der Gerichtshof jedoch selbst mit der Anerkennung einer umfassenden, d.h. losgelöst von verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Vorgaben bestehenden Kontrollfunktion gegenüber den Untergerichten ab. Anknüpfungspunkt für diese Kontrollbefugnis ist gerade nicht eine von der Verfassung ausdrücklich zugewiesene Einzelkompetenz, sondern vielmehr die aus dem Gesamtzusammenhang der Verfassung herausgelesene und entsprechend allgemein gefaßte Rolle des Obersten Gerichtshofes als höchstes Organ der rechtsprechenden Gewalt. Die an diese unscharf definierte Rolle angebundene "Hilfskompetenz" ist ihrerseits entsprechend weit geraten (Gewährleistung einer funktionierenden Rechtsprechung) und kann damit die auch vom Obersten Gerichtshof prinzipiell für notwendig gehaltene inhaltliche Begrenzung nicht leisten. Schließlich werden für die Inanspruchnahme der so ermittelten Kontrollbefugnis keine konkreten Kriterien angegeben. Die in dem Sondervotum des Richters Fayt unter Bezugnahme auf die frühere Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Zulässigkeit des direkten Rekurses formulierten Voraussetzungen einer Gefährdung der grundlegenden Einrichtungen des öffentlichen Lebens oder der Grundlagen des Staates⁶⁷ werden von der Mehrheit nicht übernommen. Der Nachweis ihrer Erfüllung hätte im konkreten Fall wohl auch erhebliche Schwierigkeiten bereitet.⁶⁸ Stattdessen begnügt sich die Mehrheit mit dem Vorliegen des von der Regierung behaupteten Übergriffs des Bundesgerichts erster Instanz in den Kompetenzbereich von Exekutive und Legislative, um ohne weiteres eine das unmittelbare Eingreifen der Corte rechtfertigende *gravedad institucional* anzunehmen.

Mit der Verfassung ist dieses Vorgehen nicht in Übereinstimmung zu bringen. Denn diese schreibt in Art. 117 ausdrücklich vor, daß der Oberste Gerichtshof seine Berufungszuständigkeit "según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso" wahrnimmt. Die Anwendung der Rechtsprechung zur *gravedad institucional* auf den vorliegenden Fall bedeutet aber gerade, daß mit Hilfe eines rich-

⁶⁷ Consid. 15 des Sondervotums Fayt.

⁶⁸ Fayd, *ibid.*

terrechtlichen Instituts der gesetzlich fixierte Instanzenzug vor den Bundesgerichten außer Kraft gesetzt wird.

Im praktischen Ergebnis läuft diese Rechtsprechung, worauf das Sondervotum des Richters Petracchi zu Recht hinweist,⁶⁹ darauf hinaus, das System der dezentralen Verfassungskontrolle auszuhebeln. Denn dieses beruht ja gerade darauf, daß jedes Gericht, gleich welcher Instanz, eine Inzidentkontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verwaltungsakten im Rahmen eines bei ihm anhängigen Rechtsstreits durchführen kann, die ihrerseits nur in den durch Verfassung und Gesetz vorgesehenen Rechtsbehelfsverfahren von der nächsthöheren Instanz überprüft werden kann. Nach der hier referierten Rechtsprechung hat dagegen der Oberste Gerichtshof jederzeit die Möglichkeit, eine Rechtssache an sich zu ziehen, wenn er der Meinung ist, daß das nach der Prozeßordnung zuständige Gericht seine Befugnisse zur Verfassungskontrolle fehlerhaft ausgeübt hat. Voraussetzung ist nur ein entsprechender Antrag der in der unteren Instanz unterlegenen Partei auf Ausübung seiner "inhärenten" Kontrollbefugnis, eine Voraussetzung, deren Erfüllung – gerade im Lichte der durch die neuere Rechtsprechung gesetzten Präzedenzfälle – im Regelfall keine Schwierigkeiten bereiten dürfte.

*VII. Die Folgen der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes:
Stärkung der Exekutive und Schwächung der Verfassungsgerichtsbarkeit*

Die Entscheidung des argentinischen Obersten Gerichtshofes zur Flughafenprivatisierung wird nachhaltige Auswirkungen auf die Funktionsweise des Gewaltenteilungsprinzips in Argentinien haben. Mit seiner Intervention wollte der Gerichtshof nach den Aussagen der die Entscheidung tragenden Mehrheit das Gewaltenteilungsprinzip in seinen zwei wichtigsten Komponenten, der Gleichrangigkeit der verschiedenen Gewalten und der klaren Abgrenzung ihrer jeweiligen Funktionsbereiche, stärken. Bewirkt hat er indessen das genaue Gegenteil. Durch das Urteil wird es der Exekutive faktisch ermöglicht, das Notverordnungsrecht ohne wirksame parlamentarische Kontrolle, die von der Verfassungsreform 1994 als Gegenwicht zu der begrenzten Einräumung von Gesetzgebungsfunktionen an die Exekutive konzipiert worden war, auszuüben. Da das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Notverordnungsrechts nicht der gerichtlichen Überprüfung unterliegt, können Staatspräsident und Regierung außerhalb der Verbotsmaterien des Art. 99 Abs. 3 praktisch unbegrenzt Regelungen durch Dekret erlassen, solange nicht der Kongreß aus seiner politischen Lähmung erwacht und die erforderlichen Maßnahmen für die wirksame Anwendung des von der Verfassung vorgesehenen parlamentarischen Kontrollmechanismus trifft. Das ursprüngliche Ziel der Verfassungsreform von 1994, die Inanspruchnahme gesetzgebender Funktionen durch die Regierung strikt zu beschränken, wird damit verfehlt, der vor 1994 bestehende Rechtszustand in vollem Umfang wiederher-

⁶⁹ Consid. 12 des Sondervotums Petracchi.

gestellt.⁷⁰ Abgesichert wird dieses Ergebnis durch die unreflektierte Übertragung US-amerikanischer Konzeptionen auf das unter ganz anderen Bedingungen funktionierende politische System Argentiniens. Während in den USA die Zurückhaltung des Supreme Court bei der Kontrolle von Maßnahmen, die das Verhältnis von Kongreß und Präsident zueinander betreffen, vor dem Hintergrund eines funktionstüchtigen parlamentarischen Systems geeignet ist, die Eigengesetzlichkeit des politischen Prozesses zu wahren und seine Problemlösungskapazität zu stärken, wird in Argentinien durch den Rückzug der Verfassungsgerichtsbarkeit aus dem Kernbereich politischer Machtausübung die Dysfunktionalität der bestehenden Willensbildungsmechanismen vertieft, die in der Hypertrophie der Exekutivgewalt zu Lasten der parlamentarisch-pluralistischen Elemente des Systems ihren Niederschlag findet.⁷¹

Der Preis, der für die verfassungsrechtliche Absicherung der dominanten Stellung der Exekutive im Gefüge der staatlichen Institutionen gezahlt wird, besteht aber nicht nur in der Schwächung des Parlaments, sondern auch in der Politisierung und dem damit einhergehenden Funktionsverlust der Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Sinn des dezentralisierten Systems der Verfassungskontrolle (*control difuso*) besteht (auch) in der Entpolitisierung dieser Funktion durch ihre Einbettung in den Rahmen der gewöhnlichen richterlichen Streitentscheidung durch die hierfür zuständigen ordentlichen Gerichte. Die Anwendung des von der Corte Suprema entwickelten Konzepts der "inhärenten" Befugnisse auf den Obersten Gerichtshof ermöglicht nun aber in einem bisher nicht bekannten Maße die Monopolisierung dieser Kontrollfunktion bei einem Gremium, das aufgrund seiner Stellung und seiner Zusammensetzung in besonderer Weise dem Einfluß der politischen Organe ausgesetzt ist. Mit der Nähe zur politischen Gewalt sinkt aber jedenfalls in einer Kultur, in der das Verständnis für die regulierende und mäßige Kraft des Rechts gegenüber der Politik noch nicht fest verwurzelt ist, die Bereitschaft zur Verteidigung der Autonomie des Rechts, die unerlässliche Vorbedingung für jeden funktionierenden Verfassungsstaat ist.

Überaus bedenklich erscheint schließlich die Tendenz, die Normativität verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Kompetenzregelungen mit Hilfe richterrechtlicher Institute auszuhöhlen. Die Entscheidung der Corte Suprema vom 17. Dezember 1997 zeigt, wie leicht eine solche Entwicklung pathologische Züge annehmen kann. Die enorme Ausweitung, die das – vergleichsweise restriktive – Konzept der "implied powers" des amerikanischen Supreme Court in der neueren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes erfahren hat, läuft im Ergebnis dar-

⁷⁰ Die Befürchtung von Zarini (Anm. 10), 367f., der Oberste Gerichtshof werde sich unter Berufung auf den "politischen Charakter" der angesprochenen Fragen auf eine pauschale Billigung der Verwaltungspraxis des Staatspräsidenten beschränken, hat sich damit als prophetisch erwiesen.

⁷¹ Vgl. Detlef Nolte, Von der "langen Agonie des peronistischen Argentinien" zur "menemistischen Rekonversion", in: Wilhelm Hofmeister/Josef Thesing (Hrsg.), Der Wandel politischer Systeme in Lateinamerika, Frankfurt a.M. 1996, 62f., der darauf hinweist, daß es sich bei der Konzentration von Entscheidungsmacht im Präsidentenamte um ein für die Phase des Überganges zur Marktwirtschaft in Lateinamerika typisches Phänomen handelt, das jedoch nur in Not- und Übergangssituationen gerechtfertigt sein kann.

auf hinaus, daß sich das Gericht selbst weit gefaßte Kontrollbefugnisse einräumt, die in der Verfassung und den Gesetzen keinerlei Anhaltspunkt finden und das von ihnen errichtete System differenzierter Funktionenzuordnung aus den Angeln heben. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß es diese Befugnisse "fremdnützig", zum Vorteil des Staatspräsidenten und der Regierung, handhabt. Der Haupteinwand gegen diese Form der Verfassungsfortbildung besteht vielmehr darin, daß sie die Effektivität der verfassungsrechtlich normierten Kompetenzordnung im Lichte der als drängend empfundenen Erfordernisse des politischen Alltags preisgibt und damit die Grundlagen der normativen Wirksamkeit des Gewaltenteilungsprinzips zerstört.

Summary⁷²

Government by Decree and the Limits of Constitutional Adjudication in Argentina

With its judgement of December 17, 1997, Argentina's Supreme Court has rendered one of its most controversial decisions in recent times. The decision concerning the privatization of airports by decree, which was fiercely contested inside and outside the court and was adopted by a narrow 5 to 4 majority, confers a wide discretion on the Government when using its constitutional powers to legislate by decree in emergency situations, subject only to the political control of Congress, and defines narrow limits for judicial interventions in the exercise of the respective powers of the executive and the legislature. At the same time, it confirms broad supervisory powers of the Supreme Court over the lower courts in the exercise of their constitutional review functions as part of the Supreme Court's "implied powers" as head of the entire judiciary.

The ruling of the Supreme Court has serious consequences for the application of the principle of separation of powers and the further development of constitutional review in Argentina. It has liberated the executive from the most pressing limitations in the use of its powers to govern by decree. As long as it does not meet with the explicit resistance of Congress, which has been paralyzed for some time and has still failed to adopt the law implementing the special review mechanism for emergency decrees provided for by the Constitution, the executive is free to adopt almost any emergency decree it wants (with the exception of decrees dealing with matters specifically excluded from its remit in Art. 99 para. 3 – i.e., criminal law, tax law, electoral law and the law of the political parties). This runs contrary to the letter and to the spirit of the reforms carried out in 1994 which tried to confine the use of emergency decrees to exceptional situations and subject such use to effective parliamentary control. Moreover, the recognition of broad "implied" supervisory powers of the Argentine Supreme Court undermines the system of constitutional review as a whole, because the Court, as the decision of December 17, 1997 shows, is prepared to use them to the detriment of the lower courts in any case in which it considers that they

⁷² Summary by the author.

have had too close a look at the constitutionality of measures taken by the executive or the legislative, regardless whether the specific constitutional or statutory rules governing its appellate jurisdiction apply or not. In fact, with the extension of the concept of "implied powers" to the powers of the Supreme Court and their excessively broad construction the majority on the court has undermined any constitutional basis for the proper application of the very principle – the separation of powers – which it allegedly tries to protect.