

Die Entwicklung des Südafrikanischen Rechts aus dem Römisch-Holländischen Recht

Beat Lenel
Töberstrasse 23a
9425 Thal, Switzerland
Telefon +41 71 2463227
Facsimile +41 71 2463228

I. Inhalt

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	III
LITERATURVERZEICHNIS	IV
INTERNET	IV
INHALTSVERZEICHNIS	VI
TESTATSARBEIT	1
ANHANG: KARTEN	20
ERKLÄRUNG	21

Speziellen Dank möchte ich denjenigen aussprechen, die mir durch ihre spontane Hilfe bei der Materialsammlung diese Arbeit überhaupt erst ermöglicht haben, insbesondere WILLEMIEN DU PLESSIS von der Universiteit van Potchefstroom, PROF. DR. J.C. SONNEKUS von der Rand Afrikaanse Universiteit (RAU) in Johannesburg und dem Institut Suisse de Droit Comparé in Lausanne (ISDC).

II. Abkürzungsverzeichnis

a.a.O. / A.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
Codesa	Conference for a democratic South Africa
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
endgV	Endgültige südafrikanische Verfassung von 1996
ff.	und folgende
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
Jh.	Jahrhundert
n.Chr.	nach Christus
SWA	South West Africa / Suid-Wes Afrika (heute Namibia)
u.a.	unter anderem
v.a.	vor allem
Vgl.	vergleiche
VOC	Ostindische Kompanie (Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie)
vs.	versus
z.T.	zum Teil
Ziff.	Ziffer

III. Literaturverzeichnis

- CAMERON, Trehwella, Jan Smuts, An Illustrated Biography, Cape Town, 1994
Dept. Of foreign Affairs, South Africa and the Rule of Law, Pretoria, 1969, zit. SA Rule of Law
- DTV-Atlas zur Weltgeschichte, Band ½, 18. Auflage, München, 1982, zit. DTV
- DU PLESSIS, L.M., An Introduction to Law, Kenwyn, 1995
- GRUPP, Thomas Michael, Südafrikas neue Verfassung, Baden-Baden, 1999
- HAHLO, H.R., KAHN, E., The British Commonwealth, the development of its law and constitution, vol. 5 The Union of SA, Cape Town, 1960, zit. HAHLO/KAHN, Union of SA
- HAHLO, H.R., KAHN, E., The South African Legal System, Cape Town, Wynberg, Johannesburg, 1968, zit. HAHLO/KAHN, SA Legal System
- HOSTEN W.J., EDWARDS A.B., NATHAN C., BOSMAN F., Introduction to South African law and legal Theory, Durban, 1977
- KLEYN D., VILJOEN F., Beginner's Guide for Law Studies, Kenwyn, 1998
- LEE, R.W., An Introduction to Roman-Dutch Law, London, 1961
- VENTER, Prof. François/DU PLESSIS, Willemien, Universiteit van Potchefstroom: Course Unit LLB113, (als Hintergrundinformation)
- VISSER, D.P. (Editor), Essays on the history of Law, Cape Town/Wetton/Johannesburg, 1989
- WITZSCH, Günter, Südafrika und die Rechtsstaatlichkeit, Heidelberg, 1989
- ZIMMERMANN, Reinhard, Das römisch-holländische Recht in Südafrika, Darmstadt, 1983

IV. Internet

- Crime, Justice & Race in South Africa Criminal Justice, [online im WWW], <http://www.uaa.alaska.edu/just/just490/crimjust.html> (besucht am 25.11.2001)
- DAVENPORT, T.R.H., South Africa: History [online im WWW], <http://www.facts.com/cd/c01001.htm> (besucht am 25.11.2001)
- HANKO, Herman C., Die bedingungslose Erählung, aus „The five points of calvinism“, Grand Rapids, Michigan (heute in Grandville, Michigan), 1976 cit. [online im WWW], <http://www.calvinianum.de> (besucht am 9.12.2001)
- Introduction to South African Law, [online im WWW], www.foreignlawguide.com/South%20Africa%20Introduction.htm (besucht am 02.01.2002), zit. Introduction
- JONES, Eric, Wives, Whores, and Concubines: Early Modern Dutch Marriage Law and the Transmission of Family Wealth in Asia, [online im WWW], <http://aghistory.ucdavis.edu/Jonespaper.html> (besucht am 02.01.2002)
- South African Law Commission, Reports, [online im WWW], <http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/report/report.html> (besucht am 28.12.2001)

South African Political Information Exchange (SAPIE), (1997) [online im WWW], <http://www.sapolitics.co.za> (besucht am 2.12.2001)

TETLEY, William, Mixed jurisdictions : common law vs civil law (codified and uncoded), [online im WWW], <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html> (besucht am 02.01.2002)

The Khoisan, [online im WWW], <http://www.khoisan.org> (besucht am 9.1.2002)

TSCHENTSCHER, A., ICL - South Africa Index, [online im WWW], http://www.uni-wuerzburg.de/law/sf__indx.html (besucht am 25.11.2001)

VENTER, François, Die Betekenis van die Bepalings van die 1996 Grondwet, [online im WWW], <http://www.puk.ac.za/lawper/1998-1/venter-3.2.html> (besucht am 25.11.2001)

V. Inhaltsverzeichnis

A	EINLEITUNG	1
B	GESCHICHTLICHES	1
B.1	DIE GESCHICHTE DER NIEDERLANDE.....	1
B.2	DIE OSTINDISCHE KOMPANIE	2
B.3	DIE KOLONIALISIERUNG SÜDAFRIKAS.....	3
C	DAS RÖMISCH-HOLLÄNDISCHE RECHT	4
D	DIE ENTWICKLUNG DES SÜDAFRIKANISCHEN RECHTS.....	6
D.1	DIE ENTWICKLUNG ZUM MEHRSCICHTEN-RECHT	6
D.2	EINZELNE RECHTSGEBIETE	10
D.3	DAS GERICHTSWESEN IN SÜDAFRIKA	11
D.4	AUSLEGUNG.....	13
E	RECHTSQUELLEN SÜDAFRIKANISCHEN RECHTS	13
E.1	MEHRERE RECHTSQUELLEN	13
E.2	GESETZE	13
E.3	COMMON LAW.....	14
E.4	RÖMISCHES RECHT	15
E.5	PRÄZEDENZIIEN	15
E.6	WERKE MODERNER AUTOREN	17
E.7	VERFASSUNG.....	17
E.8	GEWOHNHEITSRECHT.....	17
F	AKTUELLE ENTWICKLUNGEN	18
F.1	DIE SCHATTEN DER APARTHEID	18
F.2	KOMMENTAR UND AUSBLICK	18
G	ANHANG 1: KARTEN	20

A Einleitung

Das Südafrikanische Recht ist weder ein klassisches römisches, noch ein römisch-holländisches Recht oder ein englisches Common Law und schon gar kein afrikanisches Stammesgesetz. Es vereint aber, wie die folgende Abhandlung zeigen wird, in seiner langen und spannenden Geschichte Elemente aller genannten Rechtsordnungen. Bis heute sind die Rechtssysteme von Südafrika, Lesotho, Swaziland, Zimbabwe, Botswana und Namibia vom römisch-holländischen Recht geprägt.¹ Während früher die Debatte zwischen Modernisten, die das römisch-holländische Recht mit englischem Recht modernisieren wollten und Puristen, die englische Einflüsse entfernen wollten, erfolgte, wird heute v.a. über die Einflüsse der Apartheid auf das Rechtssystem gestritten.² Viele Autoren sprechen von einem eigentlichen „Südafrikanischen Recht“.³ Diese Arbeit wird erst die notwendigen historischen Hintergründe erläutern und sich dann mit der Entwicklung des südafrikanischen Rechts und dessen zahlreichen Rechtsquellen beschäftigen.

B Geschichtliches

B.1 Die Geschichte der Niederlande

Die Republik der Vereinigten Niederlande entstand mit der Unabhängigkeit der nördlichen Provinzen der spanischen Niederlande. Nach der Gründung der Union von Utrecht von 1579 befreiten sie sich von der spanischen Vorherrschaft. 1584 entstand die Verfassung des „Staten Generaal“ (Parlament). Abgeordnete der 7 Republiken tagten in Haag unter dem Vorsitz Hollands.⁴ 1609 wurde ein zwölfjähriger Waffenstillstand mit Philipp III. von Spanien abgeschlossen. Im Rahmen des Westfälischen Friedens, der den dreissigjährigen Krieg beendete, wurde 1648 mit dem Haager Frieden die Unabhängigkeit der Niederlande von Spanien und vom deutschen Reich offiziell anerkannt. Das 17. Jh. war das goldene Zeitalter der niederländischen Republik. Erfolgreich und aggressiv wurde sie zu einer der wichtigsten Seemächte, mit Kolonien in Amerika und Indien. 1652 besetzte Jan van Riebeeck das Kap der Guten Hoffnung.

¹ KLEYN, 44; DU PLESSIS, 66; LEE, 12.

² Vgl. KLEYN, 46; HOSTEN et al., 212, cit. WATERMEYER und DU PLESSIS, 52-58, siehe F.1.

³ KLEYN, 48; DU PLESSIS, 66.

⁴ DTV, 245.

Nach einer Reihe von Kriegen und dem Aufstieg Englands zur See- und Kolonialmacht brachen die Vereinigten Niederlande 1795 zusammen und es entstand die Batavische Republik. Diese wurde von ROUSSEAUS Contrat Social, der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung und der Deklaration der Menschenrechte der französischen Revolution beeinflusst. Rede-, Presse- und Versammlungsfreiheit wurden geschaffen. Die Aristokratie wurde hinweggefegt. Katholiken und Juden emanzipierten sich. 1806 wurde unter Napoleon eine konstitutionelle Monarchie errichtet mit dessen Bruder Louis als König. 1810 wurde die Niederlande von Frankreich absorbiert. Nach Napoleons Niederlage gegen die alliierten Kräfte wurde am Wiener Kongress von 1815 ein Königreich Niederlanden geschaffen. 1830 revoltierten die südlichen Provinzen und wurden zum belgischen Königreich.⁵

B.2 Die Ostindische Kompanie

Die VOC (Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie) wurde, auf Betreiben des *Staten Generaal*, durch Zusammenschluss mehrerer niederländischer Handelsfirmen zu einer Aktiengesellschaft gebildet und erhielt ihre Statuten am 20.3.1602. Sie war direkt dem *Staten Generaal* der Niederlande unterstellt und bestand aus sechs Kammern, wobei Amsterdam dominierte.⁶ Jede Kammer war von einem Direktorium (sog. *Bewindhebbers*) geleitet. Bei Vakanzen wurden von den Landeskammern je drei Aktionäre als Kandidaten nominiert. Insgesamt gab es 65-75 *Bewindhebbers*. Das Generaldirektorat der VOC waren die *Heeren Zeventien* (der Rat der 17). Sie wurden aus den *Bewindhebbers* nominiert, und zwar 8 für Amsterdam, 4 für Zeeland, je einer für die übrigen Kammern und einer in Rotation für die kleineren Kammern. Der *Staten Generaal* überliess der VOC das Handelsmonopol für alle Ländereien östlich des Kaps und westlich der Magellanstrasse. Sie durfte Abkommen mit östlichen Herrschern abschliessen, über Krieg und Frieden entscheiden, Stationen und Festungen bauen, Strafen aussprechen, ihre Handelsstationen verwalten, Gouverneure, Generäle und Richter ernennen und absetzen und alles weitere vorkehren, um Handel und Ordnung zu gewähren.⁷ Die VOC war vollständig durchorganisiert. So hatte jedes Schiff einen Schiffsrat, mit Spezialvollmachten des Kapitäns, und jeder Konvoi einen *Breede Raad*

⁵ Vgl. HAHLO/KAHN, SA Legal System, 526.

⁶ A.a.O., 534; HAHLO/KAHN, Union of SA, 11.

⁷ Vgl. HAHLO/KAHN, SA Legal System, 535; Hahlo/Kahn, Union of SA, 11.

(Erweiterter Rat) aus den Schiffskommandanten. Oestliches Hauptquartier war Batavia⁸. Es wurde von einem Generalgouverneur und einem *Raad van Indie* (Indischer Rat) geleitet. Um 1660 gab es *Buiten-comptoiren* (Aussenstationen) in Amboyna, Banda, Ceylon, Macassar, Malacca, den Molukken und dem Kap. Jede Aussenstation wurde von einem *Opperhoofd* (ersten Offizier) geleitet, der von einem Rat unterstützt wurde, analog dem Schiffsrat.⁹ 1794 wurde die VOC zahlungsunfähig, 1796 wurde sie liquidiert.¹⁰

B.3 Die Kolonialisierung Südafrikas

Als Jan VAN RIEBEECK am 6. April 1652 am Kap der Guten Hoffnung landete, um für die Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie (VOC) eine Versorgungsstation für Schiffe anzulegen, ahnte er nicht, dass er damit den Grundstein zur mächtigsten und reichsten Nation Afrikas gelegt hatte. Das Kap war nur sehr dünn von Khoikhoi und San¹¹ besiedelt. 1680 trafen französische Hugenotten ein. Sklaven wurden aus Ostafrika, Malaysia und Indien importiert. Aus dieser Mischung entwickelte sich eine farbige Bevölkerung.¹² 1779 prallten südwärts migrierende Xhosa und nordwärts ziehende Buren in der Schlacht vom Great Fish River aufeinander. 1795 erfolgte die erste britische Besetzung. 1803-1806 fiel Südafrika an die Batavische Republik¹³ zurück. 1806 erfolgte die zweite britische Besetzung aufgrund eines Abkommens mit den Niederlanden und gegen Zahlung von 5 Mio. Pfund.¹⁴ Im „Groot Trek“ von 1836-1848 zogen die *Voortrekkers* in die Gebiete des heutigen Oranje Vrystaat und Transvaal, sowie Natal und gründeten dort die sog. Burenrepubliken. Im Burenkrieg (1899-1902) kämpfte England um die Vorherrschaft in den gold- und diamantenreichen Burenrepubliken. 1910 wurde die Südafrikanische Union gegründet. 1931 bzw. 1936 wurde die Unabhängigkeit Südafrikas von England anerkannt. Nach der 1948 erfolgten Abwahl von Jan SMUTS als Premierminister¹⁵ wurde Südafrika immer

⁸ Das heutige Jakarta.

⁹ Vgl. HAHLO/KAHN, SA Legal System, 536; Hahlo/Kahn, Union of SA, 12.

¹⁰ HAHLO/KAHN, Union of SA, 4, nennt den Grund des Konkurses nicht.

¹¹ Khoikhoi sind Buschmänner mit Viehbesitz, San Buschmänner als Jäger und Sammler.

¹² HAHLO/KAHN, SA Legal System, 567-568.

¹³ Name der Niederlande von 1795-1806, siehe auch B.1.

¹⁴ HAHLO/KAHN, SA Legal System, 570.

¹⁵ Ausführlich dazu CAMERON, 177ff.

stärker von einem unverhohlenen Rassismus geprägt, besonders unter dem Präsidenten H.F. VERWOERD (1958-1966). 1960 wurde die Kampforganisation des ANC, „Umkhonto We Sizwe“¹⁶, gegründet, der bis 1994 einige spektakuläre Anschläge gelangen. Am 31.5.1961 erfolgte die Gründung der Republik Südafrika und der Austritt aus dem Commonwealth. Die Apartheid-Politik erlebte ihren Höhepunkt. Unter Präsident P.W. BOTHA (1979-1989) wurde diese stillschweigend abgebaut. Am 2. Februar 1991 hob F.W. DE KLERK das Verbot verschiedener politischer Organisationen auf und ordnete die Freilassung der politischen Gefangenen an. Die Regierung, der ANC und andere politische Parteien begannen zu verhandeln. Codesa I¹⁷ resultierte in einem Patt, jedoch wurde es 1993 in Codesa II möglich, sich auf die erste demokratische Verfassung Südafrikas zu einigen. Die ersten freien Wahlen fanden 1994 statt, womit zumindest nominell ein demokratischer Rechtsstaat geschaffen wurde. 1994-1996 wurde die endgültige Verfassung von 1996 geschrieben. Diese sieht nicht mehr eine Regierung der nationalen Einheit vor und der Abschnitt über die Grundrechte wurde überarbeitet.

C Das Römisch-Holländische Recht

Nach dem Zusammenbruch des weströmischen Reiches galten in den Niederlanden die *leges barbarorum*. Diese bestanden nicht nur aus germanischem Gewohnheitsrecht, sondern waren auch Ausdruck des ursprünglich geltenden römischen Rechts,¹⁸ „zwar unvollständig und verfälscht, aber trotzdem römisches Recht“.¹⁹

Nach dem Auseinanderbrechen des Ostfränkischen Reichs um 900 n.Chr. hatte die Niederlande kein nationales Rechtssystem mehr. Die Gerichte begannen deshalb, germanisches Gewohnheitsrecht, sowie subsidiär und unsystematisch römisches Recht anzuwenden. Viele *Handvesten* (Stadtprivilegien) komplizierten das Recht.²⁰

Obwohl römisches Recht nur subsidiär angewendet wurde, spielte es in der Praxis eine wichtige Rolle. Teile römischen Rechts waren bereits ausdrücklich oder implizit ins Gewohnheitsrecht übernommen worden und auf Lokalgebrauch berufen konnte sich nur, wer diesen beweisen konnte. Als die Herrscher der Niederlande im 15. und 16.

¹⁶ Xhosa für „Speer der Nation“.

¹⁷ Offizielle Abkürzung für „Conference for a democratic South Africa“.

¹⁸ Mit Wurzeln im Codex Theodosianus von 438 n.Chr., vgl. LEE, 3.

¹⁹ Vgl. HAHLO/KAHN, SA Legal System, 486.

²⁰ LEE, 3.

Jahrhundert die Landschaften und Städte aufforderten, ihr Gewohnheitsrecht zu kodifizieren und zur Genehmigung einzureichen, musste immer eine Klausel, die auf subsidiäres römisches Recht verwies, vorhanden sein.²¹

Der Ausdruck "Römisch-Holländisches Recht"²² wurde 1652 erstmals von Simon VAN LEEUWEN als Untertitel seines Werks „Paratitla Juris Novissimi“ verwendet. 1664 erschien sein Hauptwerk „Het Rooms Hollandsch Recht“.²³

Das römische Recht wurde in den verschiedenen Teilen der Niederlande ganz unterschiedlich rezipiert. Einige Teile waren unter dem Einfluss germanischen Rechts, andere unter dem Einfluss des nordfranzösischen "droit coutumier" (Gewohnheitsrecht). In Friesland wurden Teile des römischen Rechts schon im 13. Jahrhundert wieder eingeführt und bis Ende des 15. Jahrhunderts erfolgte eine komplette Uebernahme. In den südlichen Niederlanden (heute Belgien) begann im 13. Jh. die Rezeption römischen Rechts, die im 16. Jh. abgeschlossen war. Groningen, Gelderland, Overijssel und Drente rezipierten wenig römisches Recht. In Holland bezogen sich die Richter des Prinzengerichts seit der zweiten Hälfte des 14. Jh. auf römisches Recht ("de gescreivene rechten"), wenn das Gewohnheitsrecht keine Regel enthielt, und in der ersten Hälfte des 15. Jh. begann man, das Gewohnheitsrecht im Sinne des "geschriebenen Gesetzes" zu rekonstruieren. Das Jahr 1495, als römisches Recht offiziell zum subsidiären Recht in Deutschland erklärt wurde, gilt auch als Datum der offiziellen Rezeption in den Niederlanden.²⁴ Die wichtigsten Rechtsregeln von 1075 bis 1795 wurden im "Groot Placaetboek" aufgezeichnet. Es gibt mehrere Zusammenstellungen von Entscheidungen, von denen die "Entscheidung des Gerichts von Holland und Zeeland" für das südafrikanische Recht am wichtigsten sind. Viele dieser Entscheidungssammlungen wurden von Juristen als Arbeitsunterlagen verfasst, mit persönlichen Kommentaren versehen und den Universitäten mit der Auflage, diese nie zu publizieren²⁵, überlassen.

Der wichtigste Jurist des 14. und 15. Jahrhunderts war Philips VON LEYDEN, der an der Universität Leiden dozierte. Im 16. Jahrhundert wurden WIELANDT, DAMHOUDER und

²¹ HAHLO/KAHN, SA Legal System, 516.

²² HOSTEN et al., 215, finden die englische Bezeichnung „Roman-Dutch Law“ problematisch, da es nur um das Recht der Provinz Holland, nicht der ganzen Niederlande, geht.

²³ Vgl. LEE, 2; HOSTEN et al., 213.

²⁴ HAHLO/KAHN, SA Legal System, 515.

²⁵ Die Privatsphäre des Verfassers (und der Betroffenen) sollte nicht verletzt werden.

EVERARDUS berühmt. DAMHOUDER wurde für seine Strafrechtstheorien²⁶ in Südafrika bekannt. EVERARDUS, ein Humanist, war ein Mitglied des grossen Rats von Mechelen und später Präsident des höchsten holländischen Gerichts. Er trug viel zur Aufnahme des römischen Rechts in den Niederlanden bei. Viele dieser sog. „alten Autoritäten“ lehrten in dieser Periode des 17. Jahrhunderts an der Universität Leiden, so Hugo DE GROOT, PAULUS, Johannes VOET, VINNIUS, MATTHAEUS II, GROENEWEGEN, VAN LEEUWEN, HUBER, NOODT und VAN BIJKERSHOEK.

Seit dem 17./18. Jahrhundert hatten auch Rechtsgutachten grossen Einfluss auf die Rechtssprechung. Bis zur Kodifizierung des holländischen Rechts (ab 1806) waren diese Kommentare wichtige Hilfsmittel zur Rechtsauslegung.

Weitere Quellen des niederländischen Rechts waren *Handvesten* (Stadtrechte und Landrechte), die aus einem System juristischer und administrativer Regeln bestanden, welche als Privilegien von Königen und Rittern gewährt worden waren. Zudem bestanden *Plakkate*²⁷, Verordnungen und Entscheide, wie die "politieke ordonnansie" von 1580 und der *Oktrooi*²⁸ des aussertestamentarischen Erbrechts von 1661.²⁹ Die Justinianischen Texte wurden in der Form der Glossatoren übernommen.³⁰

1838 beendete die Einführung des kodifizierten *Burgerlijk Wetboek* (Bürgerliches Gesetzbuch) die Anwendung römisch-holländischen Rechts in Holland.³¹

D Die Entwicklung des südafrikanischen Rechts

D.1 Die Entwicklung zum Mehrschichten-Recht

Als die Heeren Zeventien³² gefragt wurden, welches Gesetz am Kap zur Anwendung käme, antworteten sie, dass die Gesetze der Provinz Holland gälten, d.h. die Politische Verordnung von 1580, das Ewige Edikt von 1540 und die Plakkate von 1599 über das aussertestamentarische Erbrecht. Subsidiär solle römisches Recht zur Anwendung gelangen. Wahrscheinlich galt auch das Statut der VOC oder das Neue Statut von

²⁶ Die er eigentlich WIELANDT abgeschrieben hatte.

²⁷ Rechtssätze, die durch öffentlichen Anschlag publiziert wurden.

²⁸ Wörtlich „Erlass“, entspricht einer Verordnung.

²⁹ LEE, 3.

³⁰ Vgl. HAHLO/KAHN, SA Legal System, 517; KLEYN, 42.

³¹ Vgl. auch DU PLESSIS, 48; HAHLO/KAHN, Union of SA, 18.

³² Rat der 17, das Exekutivkomitee der VOC.

Indien.³³ Es wurden auch eigene Plakkate erlassen.³⁴ Anlässlich der britischen Besetzung von 1795 wurde eine Proklamation ausgegeben, dass das Gesetz und die Verwaltung des Kaps wie bisher weitergeführt würden. Die grausamen Strafen wurden aber abgeschafft.³⁵

Auch während der zweiten britischen Besetzung (ab 1806) wurde weiterhin römisch-holländisches Recht angewendet. Ab 1827 mussten allerdings alle juristischen Verfahren auf englisch abgehalten und alle Dokumente auf englisch erstellt werden.³⁶

1823 untersuchte die COLEBROOKE-BIGGE Kommission die Situation der Justiz am Kap und war von deren Zustand schockiert. Sie schlug vor, dass das bestehende Rechtssystem durch Legislation graduell gegen das englische System ausgetauscht werden sollte. Englischs Zivil- und Strafprozessrecht wurde 1828, Beweisrecht³⁷ 1830 eingeführt. Neu wurden nur in England, Schottland oder Irland approbierte Advokaten als Richter oder Anwälte zugelassen.³⁸

Immer mehr dieser in England geschulten Advokaten und Richter praktizierten am Kap. Sie bezogen sich auf englisches Recht, wenn sie das römisch-holländische Recht nicht kannten oder nicht verstanden. Oft wurde in den Gerichten behauptet, dass es keinen Unterschied zwischen römisch-holländischem und englischem Recht gäbe oder dass das römisch-holländische Recht keine Lösung biete und deshalb nur nach englischem Recht entschieden.³⁹ Die Literatur der „alten Autoritäten“ wurde immer stärker zurückgedrängt.

Viele Kaufleute schlossen Verträge nach englischem Recht ab, da der Handel vor allem mit England erfolgte. Englischs Verfassungs- und Handelsrecht wurde eingeführt. Kaufleute wurden dem englischen Wechsel-, Insolvenz-, Versicherungs- und Immaterialgüterrecht unterstellt. Auch das Vertrags- und Deliktsrecht wurde von englischem Recht beeinflusst.⁴⁰ Weniger Einfluss hatte es auf Sachen-, Erb-, Familien-

³³ Bis heute strittig, da historische Aufzeichnungen fehlen.

³⁴ LEE, 8; HAHLO/KAHN, Union of SA, 16; die meisten Plakkate wurden 1934 aufgehoben.

³⁵ ZIMMERMANN, 7.

³⁶ Vgl. LEE, 9; ZIMMERMANN, 9; HAHLO/KAHN, Union of SA, 17.

³⁷ HAHLO/KAHN, Union of SA, 19.

³⁸ ZIMMERMANN, 11.

³⁹ Vgl. ZIMMERMANN, 12-14.

⁴⁰ HAHLO/KAHN, Union of SA, 19.

und Personenrecht. Im Erbrecht wurden allerdings die Institutionen des Trusts und des Willensvollstreckers aus dem englischen Recht übernommen. Engländer, die ihr Testament nach englischem Recht aufsetzten, wurden automatisch englischem Erbrecht unterstellt, weshalb dieses einen immer stärkeren Einfluss ausübte.

Da Berufungen ans Privy Council in London überwiesen wurden, wurden nach römisch-holländischem Recht entschiedene Fälle nach common law beurteilt. Das Institut der „Stare decisis“⁴¹ - dem holländischem Recht unbekannt - schlich sich in die südafrikanische Rechtsordnung ein.

Eine Gegenbewegung zum römisch-holländischen Recht hin ging ab 1828 von den obersten Richtern Sir William BURTON und William MENZIES aus. Grosse Hoffnungen des Erhalts römisch-holländischen Rechts wurde in die 1859 gegründete Rechtsfakultät der Universität von Kapstadt gesetzt, jedoch fehlte es an Lehrkräften und so wurde von 1875-1916 der Unterricht nur privat durchgeführt. Eine eigentliche Literatur und Uebersetzungen der alten Lehrer entwickelten sich sogar erst im 20. Jh.⁴²

Auch der Oranje Vrystaat und der Transvaal wendeten römisch-holländisches Recht an,⁴³ letzterer v.a. VAN DER LINDEN'S Koopmanshandboek. Wo dieses keine Lösung bot, galten VAN LEEUWEN und DE GROOT'S Werke. Im Straf- und Zivilprozessrecht wurde auf das bis 1827 im Kap gültige Recht zurückgegriffen. Natal wurde 1843 von den Engländern annektiert, jedoch durfte auch hier das römisch-holländische Recht beibehalten werden.

Nach dem Ende des Burenkriegs wurde das römisch-holländische Recht und dessen Prinzipien von Gleichheit und Gerechtigkeit immer mehr von englischem Recht verdrängt. Der Fokus verlagerte sich auf Buren, die ums Ueberleben kämpften und Engländer, die Ressourcen beanspruchten. Die anderen Bevölkerungsgruppen wurden zu Statisten, der sich einschleichende Rassismus wurde nicht einmal wahrgenommen.

Mit der Gründung der südafrikanischen Union von 1910 wurde eine Vereinheitlichung des Rechts beschlossen, die aber erst in den 40er Jahren begonnen wurde.⁴⁴

⁴¹ Präzedenzienrecht.

⁴² ZIMMERMANN, 16-18.

⁴³ HAHLO/KAHN, Union of SA, 21.

⁴⁴ ZIMMERMANN, 24.

Bis 1945 hatte sich das englische Recht so stark etabliert, dass es sogar als subsidiär anwendbar angesehen wurde. In den 50er und 60er Jahren entstand aber um Chief Justice L.C. STEYN eine Gegenbewegung, um das südafrikanische Recht von englischen Einflüssen zu säubern.⁴⁵ Ab 1959 wurde es nur noch dort, wo es bereits rezipiert war, angewendet. Die Gerichte wurden zurückhaltend bei Eingriffen ins römisch-holländische Recht und überliessen dies weitgehend dem Gesetzgeber.⁴⁶

Nach der politischen Wende von 1948 wurde die Apartheid eingeführt. 1950 wurde der „Suppression of Communism Act“ erlassen. Gesetzgebung und Recht wurden immer mehr von Politik und „social engineering“ dominiert. Das „social engineering“ in Südafrika unterschied sich von dem in anderen Staaten der Welt dadurch, dass niemals versucht wurde, dies zu vertuschen, in ein gutes Licht zu stellen oder zu hinterfragen. Die Apartheid wurde durch Parlamentsgesetze geregelt, die allerdings im Widerspruch zum englischen Legalitätsprinzip und den holländischrechtlichen Prinzipien von Gleichheit, Billigkeit und Gerechtigkeit standen.⁴⁷

Am 31.5.1961 wurde die Republik Südafrika ausgerufen, jedoch enthielt deren Verfassung nicht einmal einen Grundrechtskatalog, so dass allein der Richter über die Anwendung ungerechter Gesetze entschied.⁴⁸ Die Apartheidlegislatur führte zu einer Debatte zwischen Positivisten, die das Recht als losgelöst von Politik und Oekonomie betrachten und Non-Positivisten, die das Recht in seinem sozio-politischen Umfeld betrachten. Bereits 1970 wurde der Positivismus von der südafrikanischen Lehre verworfen.⁴⁹

1978-1989 wurde offensichtlich, dass die Rassentrennung erfolglos war. Noch mehr Gesetze wurden erlassen, jedoch ohne Erfolg. Sanktionen gegen Südafrika erfolgten. 1985 wurde der Notstand ausgerufen und drakonische Massnahmen ergriffen, um die Gewalt zu stoppen.⁵⁰ 1986 scheiterte ein Versuch, die Mikro-Apartheid abzuschaffen.

⁴⁵ Zimmermann, 36-37.

⁴⁶ A.a.O., 40.

⁴⁷ KLEYN, 46; unmissverständlich in SA Rule of Law, 67 unten.

⁴⁸ ZIMMERMANN, 27.

⁴⁹ Vgl. DU PLESSIS, 60-63; KLEYN, 47; interessant auch WITZSCH, 53-54, der diese Grundhaltung 1988 immer noch beobachtet haben will.

⁵⁰ Detailliert in Witzsch, 41.

Allerdings wurde die Apartheid-Gesetzgebung in den 80er Jahren immer weniger beachtet.⁵¹

Seit 1991 wurden viele Gesetze verabschiedet, die die Apartheid-Gesetzgebung ersetzen, z.B. der *Abolition of Racially Based Land Measures Act 108* von 1991, der den *Land Act* von 1913 und den *Group Areas Act* ersetzte. Die dazu gehörigen Verordnungen existieren aber weiter, da wohlerworbene Rechte berücksichtigt werden müssen. Immer noch werden alte Apartheid-Gesetze, die bisher nicht ersetzt werden konnten, ausser Kraft gesetzt oder umgeschrieben. Seit der Verfassungsreform von 1994 haben die Gerichte viele bahnbrechende Entscheide in den Bereichen Todesstrafe, Besuchsrecht und kostenlosem Zugang zu medizinischer Versorgung gefällt. Neue Gesetze behandeln u.a. Bildung, Polizeiwesen, Grundeigentum und Umwelt.

Das heutige südafrikanische Recht setzt sich aus mindestens fünf Schichten (*multi-layer-law*) zusammen:⁵²

1. Stammesrecht/Islamisches Recht
2. Gesetzesrecht
3. Englisches Recht
4. Römisch-holländisches Recht als Common Law
5. Römisches Recht (Corpus Juris Civilis)

D.2 Einzelne Rechtsgebiete

Das *Strafrecht* wurde 1806 und 1828 englischrechtlich reformiert, basiert aber auf römisch-holländischen Wurzeln.⁵³ *Verfassungs- und Verwaltungsrecht* sind englischrechtlich.⁵⁴

Das südafrikanische *Personenrecht* ist vom englischen Einfluss weitgehend unberührt geblieben. Einzelne Bereiche, wie das Adoptions- und Scheidungsrecht wurden kodifiziert.⁵⁵

Das *Obligationenrecht* wird in Vertragsrecht und ausservertragliches Recht unterteilt. Das römisch-holländische Recht wird mit vielen Elementen des englischen Rechts

⁵¹ Vgl. WITZSCH, 3 und 55; anders WITZSCH, 5.

⁵² ZIMMERMANN, 9.

⁵³ HAHLO/KAHN, Union of SA, 18; SA Rule of Law, 11.

⁵⁴ HAHLO/KAHN, Union of SA, 42.

⁵⁵ ZIMMERMANN, 75.

verbunden, insbesondere in der Beweisführung.⁵⁶ Nur wenige Fragen sind gesetzlich geregelt worden, so z.B. der Bereich des Verbraucherschutzes. Nicht spezifisch handelsrechtliche Vertragsfragen werden i.d.R. direkt dem römischen Recht entnommen.⁵⁷ Handels-, See- und Versicherungsrecht werden von englischem Recht dominiert.⁵⁸ Englisch Recht wurde auch z.B. im Bereich des missbräuchlichen Vertragsabschlusses rezipiert.⁵⁹ Im Deliktsrecht herrscht eine Mischung aus römischem, römisch-holländischem, englischem und eigenem südafrikanischem Recht.⁶⁰

Das *Sachenrecht* baut mehrheitlich auf römisch-holländischem Recht auf, wobei römischrechtliche Ideen leitend sind und wenig Unterschiede zum kontinentaleuropäischen Sachenrecht bestehen.

Das *Erbrecht* wird von römisch-holländischem Gewohnheitsrecht, englischem Recht und moderner Gesetzgebung geprägt. Im Intestatserbrecht wurde das holländische Schependomsrecht übernommen, das später durch Gesetze modifiziert wurde. Das Pflichtteilsrecht wurde unter englischem Einfluss aufgehoben. Einzig ein Unterhaltsanspruch der Kinder wird anerkannt. Aus dem englischen Recht wurde der Trust übernommen.⁶¹

D.3 Das Gerichtswesen in Südafrika

Unter der VOC (1652-1795) gab es nur Laiengerichte: Der *Raad van Justitie* als höchstes, *Landdroste* und *Heemraden* als niedere Gerichte. Sie existierten unter der ersten britischen Besetzung von 1795-1803, der Restitution von 1803-1806⁶² und der ersten Zeit der zweiten britischen Besetzung weiter. Durch die erste und zweite Justizcharta von 1827 und 1832 wurde ein Supreme Court anstelle des *Raad van Justitie* und Magistrate's Courts anstelle der *Landdroste* und *Heemraden* gestellt. Ein Berufungsgericht („court of appeal“) wurde 1886 geschaffen und 1910 nach Bloemfontein verlegt. Ein *Oktrooi* von 1827 führte die englische Unterscheidung zwischen Advokaten und Anwälten ein. Geschworenengerichte - dem römisch-

⁵⁶ Zimmermann, 97-98.

⁵⁷ Corpus Juris Civilis, siehe ZIMMERMANN, 110, 125ff. und VISSER, 319-323.

⁵⁸ LEE, 21.

⁵⁹ ZIMMERMANN, 102.

⁶⁰ A.a.O., 139ff. und VISSER, 335.

⁶¹ A.a.O., 185-197.

⁶² Während dieser Zeit führte J.A. DE MIST wichtige Reformen durch.

holländischen Recht vollständig unbekannt - wurden 1831 eingeführt und erst 1969 wieder abgeschafft. Die östlichen Kapdistrikte erhielten 1864 ihren eigenen Eastern District Court, der als Niederlassung des Supreme Courts in Cape Town galt. Dazu kam der High Court of Griqualand in Kimberley. In gewissen Fällen konnte an den Privy Council in London⁶³ appelliert werden. Natal erhielt 1845 einen District Court, der 1857 durch einen Supreme Court ersetzt wurde.⁶⁴

Das *Grondwet van die Transaal* (Verfassung von 1858) sah *Landdrosts*, *Heemraden* und Geschworene vor. 1877 wurde ein High Court of Justice mit juristisch gebildeten Mitgliedern geschaffen. Nach der britischen Annektion im Jahre 1900 wurde die Justizstruktur geändert. Zum höchsten Gericht wurde der Supreme Court of The Transvaal bestimmt, von dem aus ans Privy Council gelangt werden konnte. Der Magistrate's Court wurde zur primären niederen Gerichtsbarkeit. Im Oranje Vrystaat wurde durch das *Grondwet* (Grundgesetz) von 1854 ein Hohes Gericht mit drei *Landdrosten* und niedere Gerichte mit je einem *Landdrost* eingerichtet. 1902 wurde das Hohe Gericht durch einen High Court of the Orange River Colony abgelöst, mit beschränktem Zugang zum Privy Council.⁶⁵ Magistraten hatten gerichtliche und administrative Funktionen, unter anderem die Ermächtigung, schwarze Aufrehere zu unterbinden. Appellationsgerichte waren offiziell politisch neutral, jedoch wendeten sie rassistische Gesetze ohne weiteres an.

Mit dem South Africa Act von 1909 wurden die Kapkolonie, der Transvaal, der Oranje Vrystaat und Natal zur Südafrikanischen Union vereinigt und die (sieben!) Supreme Courts der vier Provinzen zu Niederlassungen des neuen Supreme Court of South Africa in Bloemfontein. Appellationen der niederen Gerichte gingen zu den Provinzgerichten und von dort zum Appellationsgericht. Unter gewissen Umständen konnte ein Urteil ans Privy Council weitergezogen werden. Seit 1941 ist auch Afrikaans als Gerichtssprache zugelassen.⁶⁶ 1957 wurden die Eastern Cape Provincial Division und die SWA Division (mit Provinzstatus) als Teil des Supreme Courts of South Africa eingerichtet.⁶⁷ Heute ist das höchste Gericht der Supreme Court of Appeal, gefolgt von den provinziellen High

⁶³ Höchstes englisches Gericht und Appellationsgericht im Commonwealth.

⁶⁴ HAHLO/KAHN, SA Legal System, 238.

⁶⁵ A.a.O., 238.

⁶⁶ ZIMMERMANN, 35.

⁶⁷ HAHLO/KAHN, SA Legal System, 238.

Courts und den Magistrates' Courts.⁶⁸ Die südafrikanische Richterschaft versuchte auch während der Apartheidzeit ihre Unabhängigkeit zu wahren. Diese wurde aber durch politische Kunstgriffe immer mehr erodiert.⁶⁹

D.4 Auslegung

Die Auslegung von geschriebenen Statuten erfolgt sehr viel wortgetreuer als in Europa. Nicht nur werden langatmige Begriffskataloge aufgestellt, sondern es gibt auch ein Interpretationsgesetz. Andere Auslegungen als der Wortlaut dürfen nur im Sinne des „ordre public“ erfolgen; auf Materialien darf gar nicht zurückgegriffen, Lücken i.d.R. nicht gefüllt und offene Regeln müssen restriktiv ausgelegt werden.⁷⁰ Nach dem Grundsatz „quieta non movere“ muss stets so interpretiert werden, dass Common Law, Jurisdiktion der Gerichte und wohlverworbene Rechte möglichst nicht beeinträchtigt werden.⁷¹

E Rechtsquellen südafrikanischen Rechts

E.1 Mehrere Rechtsquellen

Das südafrikanische Recht versteht sich als ein unkodifiziertes System, d.h. dass mehrere Quellen vorhanden sind, nämlich Gesetze, Präzedenzen, Common Law, Brauch, Eingeborenenrecht, neuere Lehre und die Verfassung. Nicht alle Rechtsquellen haben dieselbe Autorität.⁷²

E.2 Gesetze

In römisch-germanischen Systemen wurde das Recht zum grössten Teil kodifiziert. Das südafrikanische System ist aber zu einem Grossteil unkodifiziert. Legiferiert wird dort, wo neuere technische Entwicklungen oder Lücken dies notwendig machen. Gewisse Teilgebiete wurden umfassend kodifiziert. Die südafrikanische Lehre kritisiert an der Kodifizierung v.a. eine Starrheit, die ins Rechtssystem gebracht würde⁷³ und die

⁶⁸ KLEYN, 67.

⁶⁹ ZIMMERMANN, 32-34; WITZSCH, 53-54.

⁷⁰ A.a.O., 48-50.

⁷¹ A.a.O., 52.

⁷² KLEYN, 52.

⁷³ Es wird von einem Auslegungsverbot ausgegangen.

Schwierigkeit, die jahrhundertealte Fallpraxis zu kodifizieren.⁷⁴ Im Zusammenhang mit der positivistischen Auslegung von Rechtssätzen hat sich ergeben, dass diese einerseits strikte angewendet und andererseits Common Law-konform ausgelegt wurden.⁷⁵

E.3 Common Law

In Südafrika ist generell anerkannt, dass das Common Law die primäre Quelle des angewendeten Rechts ist, wobei hier römisch-holländisches Recht gemeint ist, nicht englisches Recht.⁷⁶ Ersteres ist viel dogmatischer und grundsatzorientierter als das englische Recht. Das Privatrecht spielt eine zentrale Rolle, während das öffentliche Recht bisher vernachlässigt wurde.⁷⁷

Einige Autoren geben die „alten Autoritäten“ sogar als eigene Rechtsquelle an.⁷⁸ Diese sog. „ou Skrywers“ oder „old authorities“, die viel zitiert werden, können in vier Kategorien eingeteilt werden:⁷⁹

- Die Werke der alten römisch-holländischen Autoritäten
 - o Johannes VOET, Commentarius ad Pandectas
 - o Hugo DE GROOT, Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgelertheid
 - o Simon VAN LEEUWEN, Het Roomsche-Hollandsch Recht
 - o Johannes VAN DER LINDEN, Rechtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek
 - o Weniger bekannte Autoren wie, Arnoldus VINNIUS, Gerard NOODT und Simon VAN GROENEWEGEN, Ulrichus HUBER, D.G. VAN DER KEESSEL
- Die Entscheide der Gerichte Hollands und anderer Gerichte der Niederlande in Anwendung römisch-holländischen Rechts (Sammlungen von Cornelis VAN BIJNKERSHOEK, Willem PAUW)
- Kommentare von Juristen zu praktischen Rechtsproblemen

⁷⁴ HAHLO/KAHN, Union of SA, 28f.

⁷⁵ DU PLESSIS, 71-72.

⁷⁶ A.a.O., 70; ZIMMERMANN, 58ff..

⁷⁷ ZIMMERMANN, 41-43.

⁷⁸ DU PLESSIS, 208.

⁷⁹ Vgl. DU PLESSIS, 46; HAHLO/KAHN, Union of SA, 35ff..

- Die Gesetze, die bis 1652 in Holland in Kraft waren, insbesondere die Politische Verordnung von 1580, das Ewige Edikt von 1540, das Groot Placaet Boek und den Oktrooi von 1661

Die Werke der „alten Autoritäten“ sind ebenso wichtig wie Gerichtsentscheide. Entscheide, die ihnen widersprechen, können ohne weiteres aufgehoben werden.⁸⁰ Ob Autoren aus anderen Gebieten Europas herangezogen werden dürfen, ist strittig, jedoch gängige Praxis.⁸¹

E.4 Römisches Recht

Es würde zu weit gehen, an dieser Stelle ausführlich auf römischrechtliche Quellen einzugehen, jedoch sei festgehalten, dass südafrikanische Gerichte, wohl als letzte auf der Welt, noch den Corpus Iuris Civilis und die Werke der Glossatoren und Postglossatoren direkt anwenden,⁸² wobei im Zweifelsfall die römisch-holländische Praxis gilt.⁸³

E.5 Präzedenzen

Nach der ersten Justizcharta von 1827, mit der Errichtung einer professionellen juristischen Systems, eines Supreme Courts und der Einführung englischen Verfahrensrechts wurde das Prinzip der Stare Decisis⁸⁴ eingeführt. Als Gründe wurden die Rechtssicherheit, die Wahrung von wohlerworbenen Rechten und berechtigten Erwartungen sowie die Pflege des Ansehens des Gerichts genannt.⁸⁵ Wichtiger waren wohl die frühe Einführung der Appellation an den Privy Council, die englische Ausbildung vieler Juristen, das englische Zivil- und Strafprozessrecht und die Ernennung der Richter aus den Reihen der Advokaten.⁸⁶

⁸⁰ DU PLESSIS, 75 ; LEE, 6; Introduction.

⁸¹ ZIMMERMANN, 62ff..

⁸² Kritisch: ZIMMERMANN, 69.

⁸³ A.a.O., 65-66.

⁸⁴ HAHLO/KAHN, SA Legal System, 243: “(a) a court is absolutely bound by the ratio of a decision of a higher court or of a larger court on its own level in the hierarchy, in that order, unless the decision was rendered per incuriam or there was subsequent overriding legislation. (b) a court will follow its own past decisions unless it is satisfied it is wrong, when it will refuse to abide by it and so in effect overrule it.”

⁸⁵ HAHLO/KAHN, SA Legal System, 243.

⁸⁶ A.a.O., 243; HAHLO/KAHN, Union of SA, 20 und 29ff..

Anfänglich wurde die *Stare Decisis* law gehandhabt. Ab 1857 gab es auszugsweise, ab 1882 regelmässig veröffentlichte Urteile. 1870 wurde MENZIES Urteilssammlung von 1828-50 veröffentlicht. Als die Anzahl der Präzedenzen wuchs, wurde immer mehr auf diese zurückgegriffen, wobei wegen der anerkannt unstenen Rechtssprechung jeder Entscheid darauf geprüft wurde, ob er als Präzedenzfall taugte. 1880 wurde das *Stare Decisis* Prinzip von C.J. DE VILLIERS zum erstenmal offiziell angewendet. Ein Urteil des Supreme Courts in Kapstadt war bindend, wenn es nicht vom Privy Council kassiert worden war und konnte nur vom Supreme Court selbst als falsch erklärt werden. Obwohl es Stimmen gab, die die *Stare Decisis* Doktrin als Unterwanderung des römisch-holländischen Rechts sahen, setzte sie sich in ganz Südafrika durch.⁸⁷ In vereinzelt Fällen wurden zwar noch Urteile gegen die *Stare Decisis* gleichrangiger oder höherer Gerichte gefällt, jedoch wird davon ausgegangen, dass schlussendlich auch die Gerichte Transvaals, Natal und des Vrystaats der *Stare Decisis* gefolgt sind.⁸⁸ Ausser zwei Vorbehalten, in denen sie erwähnt wird, gibt es keine Gesetze, die die Präzedenzdoktrin festschreiben.⁸⁹

Nach C.J. CENTLIVRES ist die südafrikanische Doktrin weniger strikt als die englische, denn während das englische Recht nur auf Präzedenzen aufbaut, ist das südafrikanische Common Law auf der Basis der alten Lehrer des römisch-holländischen Rechts aufgebaut.⁹⁰

Oft waren die Vorentscheidungen falsch.⁹¹ Dazu sagte Chief Justice J.P. GARDINER: "Es ist besser, wenn das Recht historisch inkorrekt interpretiert wird, als wenn Rechtsunsicherheit herrscht [...] Kaufleuten ist es egal, ob VOET oder AVERIANUS richtig ausgelegt wurden."⁹²

⁸⁷ HAHLO/KAHN, SA Legal System, 240-241.

⁸⁸ Aufzeichnungen fehlen, vgl. HAHLO/KAHN, SA Legal System, 241.

⁸⁹ A.a.O., 242, 258-259.

⁹⁰ A.a.O., 243; KLEYN, 46; ZIMMERMANN, 54.

⁹¹ ZIMMERMANN, 55.

⁹² HAHLO/KAHN, SA Legal System, 243; ZIMMERMANN, 55.

E.6 Werke moderner Autoren

Analog zum englischen Recht spielen im südafrikanischen Recht die Werke moderner Autoren eine geringe Rolle.⁹³

E.7 Verfassung

Die neue Verfassung von 1996, v.a. deren Grundrechtskatalog, wird als Rechtsquelle anerkannt, wobei deren Vorrang noch unklar ist.⁹⁴

E.8 Gewohnheitsrecht

Afrikanisches Gewohnheitsrecht⁹⁵ ist ungeschriebenes Recht, das in Legislation, Präzedenzen, Brauch, Kommissionsreporten, Rechtsliteratur und anthropologischen Artikeln gefunden wird. Wichtig sind das "Kompendium", das im Jahre 1858 unter Chief Commissioner Col. John MACLEAN in British Kaffraria aufgenommen wurde und die Rapporte und Aussagen vor Kommissionen von vor 1910, wobei die Qualität dieser Quellen variieren. Gerichte haben sich bei ihren Entscheiden oft darauf bezogen.⁹⁶

In der traditionellen afrikanischen Rechtsfindung werden alle Details des Falles erfragt und memorisiert. Es gibt keine Zusammenfassungen, keine schriftlichen Aufzeichnungen. Jedes Detail muss ausdiskutiert werden, bevor ein Entscheid getroffen wird. Die westlichen Ideen einer undefinierten Vergangenheit, der Gegenwart und einer Zukunft sind afrikanischen Gemeinschaften fremd.⁹⁷ Das afrikanische Recht kennt keinen Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht.⁹⁸

Seit der Annektion der Transkei in den 1880er Jahren konnte in der Kapkolonie und im Transvaal, nicht aber im Oranje Vrystaat, das traditionelle afrikanische Recht, soweit es nicht gegen die Prinzipien des römisch-holländischen Rechts verstieß, angewendet werden. 1927 wurde dessen *wahlweise* Anwendung unionsweit anerkannt. Heute erfolgt die Aufnahme von afrikanischem Gewohnheitsrecht in die geltende Rechtsordnung unter

⁹³ DU PLESSIS, 75 ; KLEYN, 52.

⁹⁴ DU PLESSIS, 212; GRUPP, 35, wonach der Umfang der Drittwirkung noch weitgehend offen ist, insbesondere wegen dem Vorbehalt in Art. 39 (2) endgV.

⁹⁵ HAHLO/KAHN, Union of SA, 35 spricht diesem noch keinerlei Bedeutung zu.

⁹⁶ KERR, 13-14; SA Rule of Law, 18.

⁹⁷ Vgl. KLEYN, 47-48.

⁹⁸ Vgl. DU PLESSIS, 63-65; KLEYN, 48.

der Aegide der South African Law Commission. Ähnliches gilt für muslimisches Gewohnheitsrecht.⁹⁹

F Aktuelle Entwicklungen

F.1 Die Schatten der Apartheid

Seit 1948 die Nationalisten die Macht übernahmen, wurde die Rassentrennung in vielen Statuten festgeschrieben. Die Legislation, die von Gerichten, Staat und Polizei angewendet wurde, war ein ideologisches Instrument zur Vornahme eines „Social Engineering“.¹⁰⁰ Es erstaunt deshalb wenig, dass das Apartheid-System von einigen Autoren der Familie der sozialistischen Rechtssysteme zugeschrieben wurden.¹⁰¹ Die so erlassenen Statuten waren Parlamentsgesetze, die weder dem südafrikanischen common law¹⁰², noch dem englischen Recht entsprachen. Dies hat dazu geführt, dass heute weder das englische noch das römisch-holländische Recht als Garant für Gleichheit, Rechtmässigkeit und Gerechtigkeit angesehen werden.¹⁰³

F.2 Kommentar und Ausblick

Die bunte Vorgeschichte des südafrikanischen Rechts ist nicht nur ein Vorteil,¹⁰⁴ wie manche Autoren herausheben, sondern v.a. auch mit vielen, schwerwiegenden Nachteilen verbunden.¹⁰⁵ So ist das Recht ausschliesslich Juristen überlassen. Die vielen kulturellen Einflüsse, das Vorhandensein von zwei grundsätzlich unvereinbaren Rechtssystemen¹⁰⁶ und die zahlreichen Statuten der Apartheidzeit machen das Recht unübersichtlich und nur schwer handzuhaben,¹⁰⁷ was schon das Studium der z.T. enorm widersprüchlichen Literatur beweist. Es werden deshalb Stimmen laut, ein gänzlich neues, politisch unbelastetes, kodifiziertes Recht zu schaffen. Dies wäre eine Chance, das einzigartige südafrikanische Recht in seinem jetzigen Entwicklungsstand

⁹⁹ Vgl. KLEYN, 49.

¹⁰⁰ Vgl. DU PLESSIS, 52, 59; KLEYN, 46.

¹⁰¹ DU PLESSIS, 67-68.

¹⁰² Römisch-holländisches Recht, vgl. HOSTEN ET AL. 213.

¹⁰³ KLEYN, 46.

¹⁰⁴ Bspw. Chief Judge J. Holmes: „...and splendid roots they are...“ in ZIMMERMANN, 39; DU PLESSIS, 72.

¹⁰⁵ Vgl. ZIMMERMANN, 67, 69, 72, besonders deutlich LEE, 23.

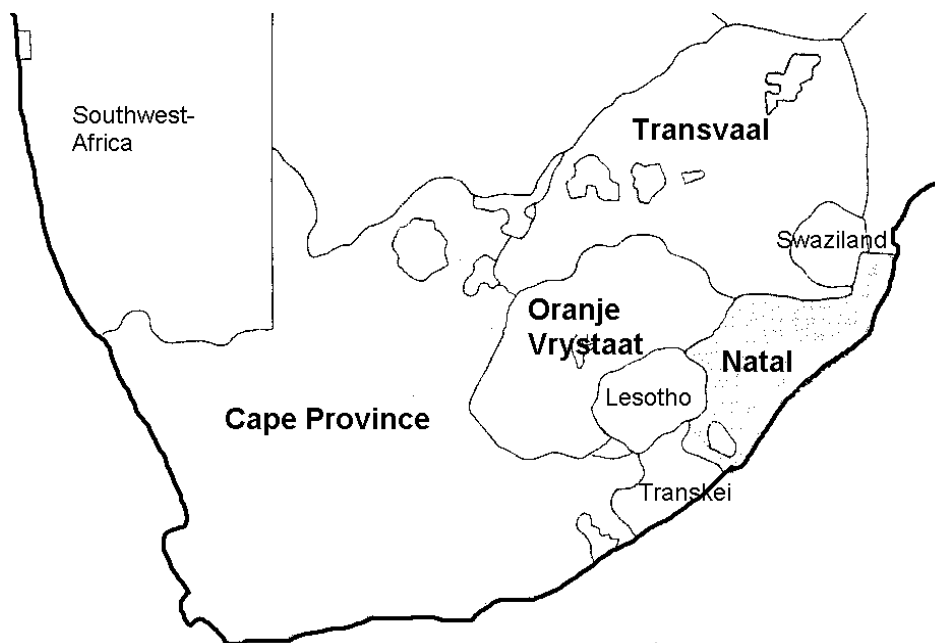
¹⁰⁶ Aber: HAHLO/KAHN, Union of SA, 47: “It would be entirely wrong to think of Roman-Dutch Law and English law as mutually incompatible systems which, like oil and water, do not mix”.

¹⁰⁷ Vgl. HAHLO/KAHN, Union of SA, 49, wo dies ausdrücklich bejaht wird.

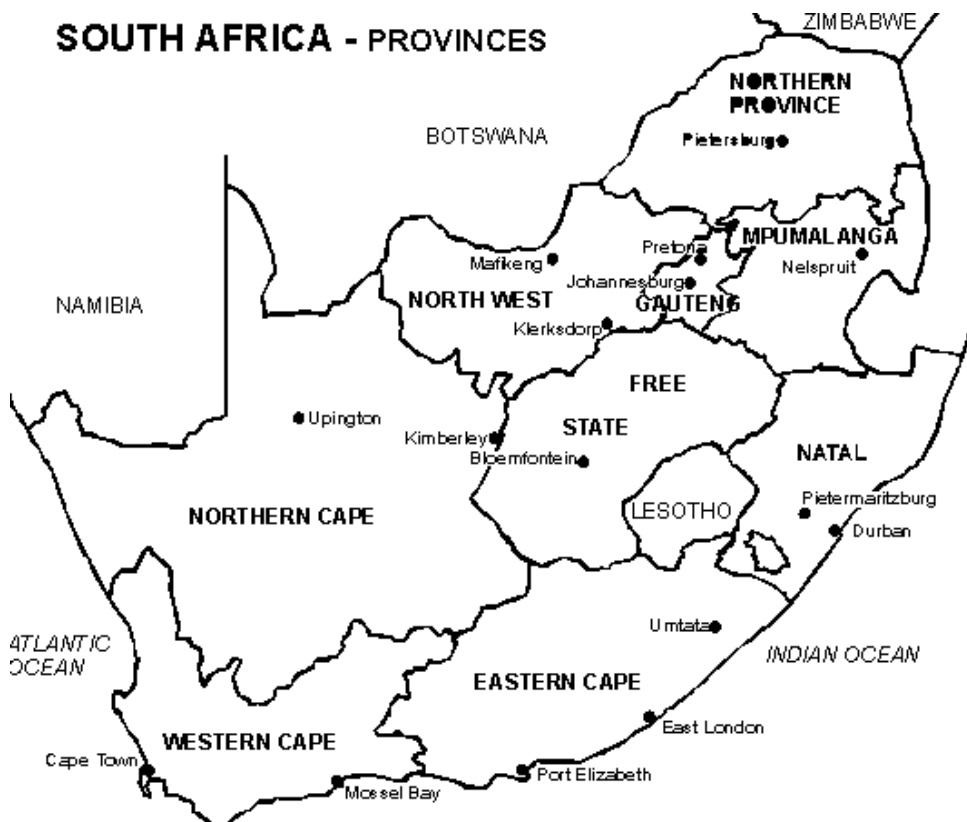
festzuhalten, zu vereinfachen und leichter zugänglich zu machen, aber auch das wegen Südafrikas jüngerer Vergangenheit ungeeignete System der „stare decisis“ zu verlassen.¹⁰⁸ Von offizieller Seite ist von einem solchen Projekt bis dato wenig zu hören.

¹⁰⁸ Ablehnend ZIMMERMANN, 73 und KLEYN, 47, sowie HAHLO/KAHN, Union of SA, 49.

G Anhang 1: Karten



Südafrika mit Provinzen bis 1994



Südafrika mit Provinzen ab 1994