

## BERICHTE • REPORTS • RAPPORTS

## Das Fremde und das Eigene: Der Einfluss der Rechtsvergleichung auf das Verfassungsrecht Südafrikas

Marion Sendker\*

### Abstract

Comparative law has always been an important tool in the formation and development of the South African rule of law. The perspective of South African comparative law has changed significantly over the past decades. Whereas foreign jurisprudence had been used to support the sovereignty of parliament in the early 20<sup>th</sup> century, over time, this approach has turned to the point that legal experience from foreign countries is deemed as inspiration for a democratic, liberal and constitutional take on the rule of law. The development in South Africa is exemplary for both the chances and the difficulties of comparative law as an instrument for the rule of law. Hence, neighbouring African countries as well as other older democracies, such as the United States of America (USA), look at South Africa as a role model of comparative law. In theory, the South African constitution is an ethical cornerstone, on which a democratic and just country roots. Such a constitution that has already been subject of comparative law in other countries would not be as it is today if not for the benefits gained from comparative legal work. Nevertheless, the past has demonstrated that comparative law takes a lot of effort and is always at risk to result in arbitrariness. Especially when dealing with the implementation of the rule of law into daily life comparative law can reach its limits. Notwithstanding that, it has proven to be a grateful method promising progress and vision when it comes to forming a whole new constitution or within the work of the judicative as well as in general theoretical contexts and discourses.

### I. Einleitung

Als juristisches Hybrid aus *Common Law*, *Civil Law* und indigenem afrikanischem Gewohnheitsrecht (*Customary Law*) mangelt es Südafrika nicht an juristischer Vielfalt.<sup>1</sup> Inspi-

\* Marion Sendker, Studentin der Rechtswissenschaft in Münster, Rom und Köln mit dem Schwerpunkt Internationales Recht (E-Mail: mail@marionsendker.de).

1 Venter, François, South Africa: A Diceyan Rechtsstaat? in: McGill Law Journal 57 (2012), Nr. 4, S. 721; Sachs, Albie, Interview am 08. Dezember 2014 in Camps Bay, Südafrika in: Sendker, Marion, Der Einfluss der Rechtsvergleichung auf die Rechtsstaatlichkeit im geltenden Rechts Südafrikas, Köln 2016, S. 82 ff.

riert von ausländischen Verfassungen und Rechtsordnungen ist Fremdes in der sogenannten Regenbogennation Südafrika zu Eigenem geworden. Den wohl größten Einfluss hatten und haben die Verfassungen Kanadas, Namibias, Deutschlands und der Vereinigten Staaten von Amerika. Noch immer hat Rechtsvergleichung einen hohen Stellenwert in Südafrika inne: Dafür bürgt nicht zuletzt auch Artikel 39 der Verfassung der Republik Südafrika von 1996,<sup>2</sup> der die Richter daran erinnert, internationales und fremdes Recht bei ihren Entscheidungen zu bedenken.

Im Zuge meiner Seminararbeit an der *Westfälischen Wilhelms-Universität* zu Münster reiste ich im Dezember 2014 nach Südafrika, um den Einfluss der Rechtsvergleichung auf die *Rule of Law* zu untersuchen. Am Verfassungsgericht in Johannesburg und an der Universität Stellenbosch sowie in Gesprächen mit Verfassungsrichtern, Apartheidsbekämpfern und Professoren konnte ich sukzessiv die Bedeutung von Rechtsvergleichung für südafrikanisches Verfassungsrecht untersuchen.

## II. Warum Rechtsvergleichung?

Rechtsvergleichung war in Südafrika stets eine präsenste „Rechtsquelle“, anhand derer insbesondere die aktuelle Verfassung geschaffen wurde. Als es galt, in kürzester Zeit eine Konstitution zu erlassen, war der Blick auf andere Rechtsordnungen notwendig für Inspiration und Erkenntniserlangung.

Eine Konstitution, die so maßgeblich von den Eindrücken ausländischer Rechtsvorschriften geprägt ist, bedarf auch in ihrer Umsetzung der Rechtsvergleichung. Heute hat die Disziplin vielmehr auch den Sinn, die in der Verfassung liegenden Prinzipien und Werte auszulegen. Von insgesamt 2.703 Zitierungen ausländischen Rechts in Verfassungsgerichtsurteilen von 1995 bis 2010 dienen 2.534 Erwähnungen der juristischen Orientierung. Nur 147 Zitierungen haben den Zweck, im Rahmen des Mikrovergleichs auf andere Länder und eine bestimmte Rechtslage dort hinzuweisen, und somit die Legitimierung für eine entsprechende eigene Rechtsauslegung oder das Schaffen von entsprechenden Rechtsnormen zu unterstützen. Die restlichen 22 Zitierungen statuieren ein Exempel *e contrario*.<sup>3</sup>

Daneben spricht die internationale Reputation für Rechtsvergleichung: Nach Jahren rassistischer Staatsführung will Südafrika als gleichberechtigter Partner in der internationalen

2 Article 39 (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law.

(2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.

(3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognized or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.

3 Rautenbach, Christa / du Plessis, Lourens, In the Name of Comparative Constitutional Jurisprudence: The Consideration of German Precedents by South African Constitutional Court Judges, in: German Law Journal 2013, S. 1570 ff.

Gemeinschaft angesehen werden.<sup>4</sup> Rechtsvergleichung fördert die internationale Legitimität des Staatshandelns.<sup>5</sup> In diesem Zusammenhang muss auch die Entstehung von Artikel 39 der Verfassung Südafrikas gesehen werden, der Rechtsvergleichung geradezu vorschreibt und unmittelbar für eine stetige Rechtssicherheit sorgt.

Rechtsvergleichung bietet allerdings keine Garantie für eine gerechte Auslegung der eigenen Gesetze. Die Natur des südafrikanischen Rechtssystems, seine Geschichte sowie die Struktur und Sprache der eigenen Verfassung müssen stets berücksichtigt werden.<sup>6</sup> Die gebotene Dynamik der Rezeption fremden Rechts illustriert, was Rechtsvergleichung in Südafrika bedeutet: Es geht nicht um Imitation, sondern darum, in fremdem Recht Inspiration oder Bestätigung für eigene Vorstellungen zu finden und diese dann in einem zweiten Schritt (dem ausländischem Recht entfremdend) an die eigene Situation anzupassen.

### III. Rechtsquelle Rechtsvergleichung: Auf dem Weg zur aktuellen Verfassung

Seit Gründung der Südafrikanischen Union durch die britische Kolonialmacht im Jahr 1910 hat die Nation fünf Verfassungen erlebt. Auf unterschiedliche Weise sind diese durch fremdes Recht inspiriert worden. So hatten etwa viele Normen des *South Africa Act 1909* ihren Ursprung in der kanadischen und teilweise auch in der australischen Konstitution, was unter anderem in der damaligen Aktualität beider Statute und durch die Verbundenheit zum Empire, zu dem alle drei Länder gehörten, zu erklären ist.<sup>7</sup> Die ersten drei Verfassungen waren zunächst noch Paradebeispiele des Formalismus. Die südafrikanische Führung brüstete sich gern damit, Teil der westlichen Rechtsordnung zu sein und propagierte die *Rule of Law* als ihre oberste Handlungsmaxime in Form von Regierungshandeln durch klare und veröffentlichte Regeln.<sup>8</sup> Auch die Richterschaft feierte bereits fünf Jahre nach Entstehung der Südafrikanischen Union die erste Verfassung als „absolute Vormachtstellung des Gesetzes“.<sup>9</sup>

4 Van der Westhuizen, Johann. Interview vom 3. bis 5. Dezember 2014 in Johannesburg, Südafrika in: Sendker, Anmerkung 1, S. 87 ff.

5 Rautenbach, Christa, South Africa: Teaching an ‘Old Dog’ New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995–2010) in: Tania Groppi, Marie-Claire / Ponthoreau, Hard, The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges, Studies in Comparative Public Law, 2007, S. 202.

6 *S v Makwanyane and Another*, (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995), paras 37f.

7 Hahlo, H. R., Kahn, Ellison, The Union of South Africa – The Development of its Laws and its Constitution, London 1960, S. 120 ff.

8 Motala, Ziyad, Constitutional Options for a Democratic South Africa, A Comparative Perspective, Washington DC 1994, S. 10; Suzman, Arthur, Law and Order and the Rule of Law in South Africa, Address delivered at the University of Stellenbosch, 1973, S. 8; *Department of Foreign Affairs of the Republic of South Africa*, South Africa and the Rule of Law, Pretoria 1968, S. 67 f.

9 *Krohn vs. Minister of Defence* 1915 AD, para 196.

Üblicherweise wendeten zum einen die Richter das Recht an, das ihnen vom Parlament gegeben wurde und dem sie sich eidesstaatlich verpflichtet hatten und zum anderen führte die Exekutive ihr Handeln entlang bestehender Gesetze. Versuche von einzelnen Richtern, rechtsstaatliche Elemente zu bewahren, scheiterten an der Parlamentsouveränität.<sup>10</sup> Schließlich traten Rassendiskriminierungsgesetze in Kraft, offiziell legitimiert durch die *Rule of Law*. In Anwendung dieser Gesetze kann folglich durchaus von einem Vorrang des Gesetzes im Rahmen von Rechtsstaatlichkeit gesprochen werden, denn es liegt auf der Hand, dass Rechtsstaatlichkeit aus naturrechtlicher Perspektive ein geeignetes Instrument ist, um Ungerechtigkeiten zu legitimieren.<sup>11</sup> Es ist mithin treffender, für den Zeitraum der Apartheid von einer *Racial Rule of Law*<sup>12</sup> im Sinne des Rechtsstaatlichkeitsprinzips zu sprechen. Denn die Existenz von Recht und von Rechtssätzen *per se* ist zwar keine Garantie für Gerechtigkeit, wie *van der Westhuizen* richtig formuliert.<sup>13</sup> Wohl hingegen indiziert die Existenz von Recht und Rechtssätzen eine Herrschaft des Rechts und nicht nur eine Herrschaft durch Recht. Letztere liegt in der Regel jeder Herrschaft durch Recht zugrunde. Maßgebend für die Einordnung von Rechtsordnungen, Rechtsgrundsätzen oder einfachen Rechtsvorschriften ist folglich nicht die Frage nach dem Verhältnis der Staatsgewalten oder dem Gesetzgebungsverfahren, sondern der materielle Gehalt des schon in Kraft gesetzten Rechts, der im Zweifel im Wege der Auslegung erfahrbar gemacht werden muss. Für Südafrikas erste drei Verfassungen bedeutet das, dass auf den materiellen Gehalt der Normen abgestellt werden muss. Unzweifelhaft handelt es sich dabei um Vorschriften mit diskriminierenden Elementen, die schließlich zu Rassengesetzen kulminierten, wie dieses etwa im Jahr 1951 mit dem *Separate Representation of Voters Act*, (Act No. 46/1951), geschehen war.

Mit Inkrafttreten der Interimsverfassung im Jahr 1994 kam schließlich die verfassungsrechtliche Wende.<sup>14</sup> Seitdem liegt Südafrika eine sehr werteorientierte und normativ geprägte Verfassung zu Grunde, die Fundament ist für eine Republik, die gemäß Artikel 1 der Verfassung auf Werten und Prinzipien gründet, wie etwa Menschenwürde, Gleichberechtigung und Menschenrechte. Die Parlamentsouveränität musste der Gewaltenteilung weichen.<sup>15</sup> Anstelle von Rassengesetzen gibt eine *Bill of Rights* die Richtung vor und konkretisiert demokratische Werte zu einklagbaren Rechten: Freiheit und Sicherheit (Artikel 12 der Verfassung), Meinungsäußerungsfreiheit (Artikel 16 der Verfassung) das Recht auf Zugang zu Bildung (Artikel 29 der Verfassung) und viele mehr.

10 *Sachs*, Anmerkung 1, S. 82 ff.

11 *Ruppel, Oliver*, Interview am 15. Dezember 2014 in Stellenbosch, Südafrika in: *Sendker*, Anmerkung 1, S. 67 ff.

12 *Sendker*, Anmerkung 1, S. 9.

13 *Van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.

14 *De Villiers, Bertus*, *Birth of a Constitution*, Kenwyn 1994, S. 56.

15 Siehe etwa Artikel 43 Absatz 1, Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 165 Absatz 1 der Verfassung.

Als Übergangsverfassung ebnete die *Constitution of the Republic of South Africa 1993* den Weg für die aktuelle Verfassung und das darin verankerte Rechtsstaatsprinzip als rechtlichen Grundpfeiler eines demokratischen Südafrikas.<sup>16</sup> Die offiziellen Verhandlungen um eine neue rechtliche Grundordnung des Landes begannen im Jahr 1990 und fanden nach vielen gescheiterten Gesprächen zwischen Politikern und Juristen aus dem In- und Ausland am 18. November 1993 ein lang ersehntes Ende.<sup>17</sup> Schon hier war der Einfluss des Auslandes maßgeblich: Insbesondere *Nelson Mandela* und Präsident *Frederik Willem de Klerk* warben Anfang 1990 im Ausland um Unterstützung für eine strukturelle Veränderung Südafrikas. Daraufhin reagierte die internationale Gemeinschaft mit positiven Sanktionen gegenüber der südafrikanischen Regierung, Motivationsmaßnahmen, wie der Eröffnung südafrikanischer Botschaften weltweit, einem Anstieg von Interessenbekundungen in die südafrikanische Wirtschaft und Verhandlungsaufnahmen für internationale Anleihen und Darlehen. Die Einbeziehung der internationalen Gemeinschaft war im Ergebnis für den Transformationsprozess Südafrikas von erheblicher Bedeutung.

Bei der Ausarbeitung der Interimsverfassung haben internationales Recht sowie die Verfassungen Kanadas und Deutschlands eine große Rolle gespielt.<sup>18</sup> Es gab regen Austausch zwischen deutschen und südafrikanischen Juristen; aus Deutschland reisten Gelehrte für Beratungen nach Südafrika, und aus Südafrika wurden Juristen zu Schulungen nach Deutschland eingeladen.<sup>19</sup> *Van der Westhuizen*<sup>20</sup> hat am Verfassungsentwurf mitgearbeitet und weist auf Streitigkeiten in der Politik hin, die angesichts dieser fundamentalen Neuordnung des Staates natürlich erscheinen: „Die Orientierung am Völkerrecht und an den Verfassungen Kanadas und Deutschlands“<sup>21</sup> hat der Politik erstens Sicherheit vermittelt, denn sie konnten sehen, dass es nach diesen Modellen in den beiden Ländern gut läuft, die Verfassungen funktionieren.“ Außerdem bedeutete dieses rechtsvergleichende Vorgehen Planungssicherheit und Berechenbarkeit, da Südafrika auf die Erfahrung anderer Länder zurückgreifen konnte.<sup>22</sup> Das relativ geringe Alter, ihr Erfolg und die Reflexion der eigenen

16 *Basson, Dion*, *South Africa's Interim Constitution*, Kenwyn 1995, S. 1.

17 *De Villiers, Bertus*, Anmerkung 13, S. 4-11.

18 *Van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.; *Venter*, Anmerkung 1, S. 1 f.; ausführlicher *Pippan, Christian*, Südafrikas Verfassungswandel im Zeichen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in: *ZaöRV*, Vol. 55, S. 993 ff.; *Fedtko, Jörg*, Die Rezeption von Verfassungsrecht – Südafrika 1993-1996, Baden-Baden 2000; *Karpen, Ulrich*, Südafrika auf dem Weg zu einer demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung, *JÖR* 44, S. 609-623.

19 *Van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.

20 *Johan van der Westhuizen* ist südafrikanischer Verfassungsrechtler und seit 2004 Richter am Verfassungsgericht in Johannesburg.

21 Die Nachricht vom neuen Verfassungsstaat Südafrika und dem internationalen Einfluss erregte auch in Deutschland die Gemüter. In der Wochenzeitung *Die Zeit* schreibt *Grill, Hubertus*: „Rechtsgelehrte prophezeien, dass ihre [die Verfassung] Grundpfeiler nicht mehr versetzt werden. Weniger Fachkundige meinen, es sei ein Werk nach deutschem Vorbild.“ *Die Zeit*, 26. November 1993, „Letzte weiße Weihnacht“.

22 *Van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.

Nationalgeschichte waren die Hauptkriterien, die für die kanadische sowie für die deutsche und gegen die amerikanische Verfassung sprachen. Zuletzt genannte habe einen „ganz anderen historischen Hintergrund“, der schon damals „nicht mehr aktuell“ war.<sup>23</sup> Entgegen des historischen Zusammengefüges durch das Commonwealth, fühlte man sich nicht dem englischen, sondern dem deutschen Grundgesetz geschichtlich nahe, denn auch diese Verfassung ist das Ergebnis eiliger Entwürfe nach einer undemokratischen Zeit. Darüber hinaus sei Sprache ein Kriterium gewesen: Die französische Verfassung schied aus diesem Grund aus. Auch osteuropäische Verfassungen wurden rechtsvergleichend untersucht, waren aber nicht passend. Die kulturelle Verbundenheit zu Kanada und Deutschland war insgesamt näher. Aus dem deutschen Grundgesetz hat man viele ideologische und philosophische Ideen übernommen. Praktische Elemente, wie zum Beispiel Verfahrensgänge, hat man sich in Kanada abgeschaut.<sup>24</sup>

#### IV. Bedeutung der Rechtsvergleichung für das geltende Recht

Man sollte annehmen, dass der Einfluss von Rechtsvergleichung auf die *Rule of Law* mit der Zeit sinken würde: „Je mehr eigene Entscheidungen wir fällen, desto weniger müssen wir auf die Verfassungen anderer Länder schauen“, schätzt *Van der Westhuizen* die Lage ein.<sup>25</sup> Die Statistik unterstützt diesen Trend hingegen nicht: Wurden noch im Jahr 1995 in zwölf von 14 Urteilen fremde Präzedenzfälle zitiert, enthielten bis 2009 bereits 20 von 33 Urteilen Verweise auf fremdes Landesrecht.<sup>26</sup> Durch die ständige Internationalisierung des Rechtes, die Globalisierung der Wirtschaftssysteme und nicht zuletzt durch Artikel 39 wird ein eigenes Recht die Rechtsvergleichung nie völlig unterminieren. Auch Einrichtungen wie das *Centre for Foreign and Comparative Law*<sup>27</sup> oder das *Institute for International and Comparative Law in Africa*<sup>28</sup> oder die Zeitschrift *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*<sup>29</sup> weisen darauf hin, dass Rechtsvergleichung in der südafrikanischen Rechtskultur noch immer populär ist. Während fremde Entscheidungen beliebter Teil verfassungsrechtlicher Auslegung und Rechtsfindung sind, beschränkt sich der Einfluss

23 *Van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.

24 *Sachs*, Anmerkung 1, S. 82 ff.

25 *Van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.

26 *Rautenbach / du Plessis*, Anmerkung 3, S. 1570 ff.

27 Centre for Foreign and Comparative Law: <http://www.unisa.ac.za/default.asp?Cmd=ViewContent&ContentID=675>, (zuletzt abgerufen am 15.3.2016).

28 Institute for International and Comparative Law in Africa: <http://www.icla.up.ac.za/>, (zuletzt abgerufen am 15.3.2016).

29 Comparative and International Law Journal of Southern Africa, <http://www.unisa.ac.za/default.asp?Cmd=ViewContent&ContentID=13488>, (zuletzt abgerufen am 15.3.2016).

ausländischer Lehrmeinungen nahezu auf persönliche Kontakte und einzelne Forschungsprojekte.<sup>30</sup>

### 1. Artikel 39 der Verfassung

Sichtbares Zeugnis der Bedeutung von Rechtsvergleichung für die Rechtsstaatlichkeit ist Artikel 39, der den Gerichten eine Interpretation der *Bill of Rights* mit Blick auf internationales und fremdes Recht gebietet. Diese Vorschrift ist Resultat der Erfahrungen aus der Apartheid.<sup>31</sup>

In Artikel 39 trifft die Verfassung eine Wertung zugunsten des internationalen Rechts. Erklären lässt sich das wohl mit der Tatsache, dass internationale Normen im Rahmen von Rechtsvergleichung mehr Rechtssicherheit und Universalität bieten können, als nationale Vorschriften. Das Völkerrecht ist auf Menschenwürde, Gleichheit und Freiheit ausgerichtet, während Vorschriften einzelner Staaten sehr vage und weniger demokratiefreundlich gestaltet sein können. Praktisch ist diese Wertung derzeit aber von geringfügiger Bedeutung: Fremdes Recht anderer Länder wird häufiger herangezogen als internationale Vorschriften.<sup>32</sup> Überhaupt hat die gesamte Norm in der Praxis eher deklaratorischen Charakter.<sup>33</sup>

### 2. Missbrauch von Rechtsvergleichung

Rechtsvergleichung bietet stets ein flexibles Argument für eine dynamische Auslegung der Verfassung. Der Blick in fremde Rechtssysteme sei insbesondere dann wichtig, wenn es noch kein entsprechendes nationales Recht beziehungsweise Rechtsprechung gibt.<sup>34</sup> Ferner stellt das Verfassungsgericht fest: „Wo es angemessen erschien, hat dieses Gericht konsistent Rechtsvergleichung angewendet. Zeitgleich war es vorsichtig gegenüber der kritiklosen Anwendung von vergleichenden Materialien und hat auf die potenziellen Gefahren hingewiesen.“<sup>35</sup> In den meisten Fällen hält sich das Gericht daran, wenngleich die Verfassungsrechtsgeschichte auch andere Urteile kennt. In *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* wurde etwa entschieden, dass die Verfassung keine horizontale Wirkung entfalten kön-

30 Rosenfeld, Michel / Sajó, András, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2012, S. 696.

31 In der Praxis hat die Norm allerdings nur eine Erinnerungsfunktion, damit kein Richter mehr sagen kann: „Was im Völkerrecht gilt, geht mich nichts an.“ – Eine gebräuchliche „Ausrede“ vieler Richter zur Zeit der Apartheid; siehe *van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.

32 *Van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.

33 *Van der Westhuizen*, Anmerkung 4, S. 87 ff.

34 *Fose v Minister of Safety and Security*, (CCT14/96) [1997] ZACC 6; 1997 (7) BCLR 851; 1997 (3) SA 786, para 34.

35 *Alexkor Ltd. v Richtersveld Community and Others* (CCT19/03) [2003] ZACC 18; 2004 (5) SA 460 (CC); 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (14 October 2003), para 33.

ne.<sup>36</sup> Ein ausschlaggebendes Argument war rechtsvergleichender Natur.<sup>37</sup> Justice *Kriegler*<sup>38</sup> kritisierte diesen Gebrauch von Rechtsvergleichung in seinem Minderheitsvotum und befand ausländisches Recht in diesem Fall für überflüssig. Rechtsvergleichung dürfe kein Mittel sein, um die Verfassung so zu verstehen, wie man sie verstehen wolle.<sup>39</sup> Das geschah etwa in der Entscheidung des Obersten Berufungsgerichts *National Director of Public Prosecutions v Zuma*<sup>40</sup>, als eine Vertragspartei englisches Fallrecht anbrachte, um den angeklagten Präsidenten zu entlasten. Im Zuge der Rechtsvergleichung sollten diese ausländischen Fälle als Argument für *Jacob Zuma* gewertet werden, auch wenn sie aufgrund der stark unterschiedlichen Faktenlage nicht anwendbar waren.<sup>41</sup>

### 3. Lehre

Rechtsvergleichung als wissenschaftliche Disziplin ist im südafrikanischen Rechtspluralismus unabdingbar. Da Rechtstransfer ein sehr dynamischer Prozess ist, wird Rechtsvergleichung in der Lehre oft hinsichtlich rechtssoziologischer Faktoren betrieben. Untersuchungen werden von dem Institut für Rechtsvergleichung insbesondere themenspezifisch und im Auftrag vor allem für Anwälte, aber auch für Einrichtungen der Regierung, Kommissionen, Richter, Rechtskliniken der Universitäten, private Unternehmen und manchmal sogar einzelne Bürger durchgeführt. Verglichen werden Verfassungsrecht, Strafprozessordnungen oder Bereiche aus dem Privatrecht vor allem im deutschen, niederländischen, englischen und italienischen Recht oder im Recht Simbabwe und Sambias. Das *Institut für Ausländisches Recht und Rechtsvergleichung* in Pretoria bearbeitet seit 1995 Anfragen von Privaten und Unternehmen betreffend einer bestimmten rechtlichen Situation in anderen Staaten, allen voran Deutschland, die Niederlande, Großbritannien und Italien.<sup>42</sup>

### 4. Judikative

Rechtsvergleichung wird von der Judikative vor allem als Mittel zur Orientierung, Ordnung und Auslegung eigener Rechtssätze angewendet. Immer wieder betonen Richter, dass die Disziplin akkurat und ordnungsgemäß durchgeführt werden müsse. Dazu muss das rechtli-

36 Diese Entscheidung wurde dahingehend nicht beachtet, als dass die Verfassungsväter für die endgültige Verfassung horizontale Wirkung vorsahen und diese in Art. 8 und 9 statuierten.

37 *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*, 1996 (5) BCLR 658 (CC), para 41.

38 *Johann Christiaan Kriegler* war von 1994 bis 2002 Richter am Verfassungsgericht in Südafrika.

39 *Alexkor Ltd. v Richtersveld Cmty*, Anmerkung 33, para 145-147.

40 *National Director of Public Prosecutions v Zuma* (573/08) [2009] ZASCA 1; 2009 (2) SA 277 (SCA); 2009 (1) SACR 361 (SCA); 2009 (4) BCLR 393 (SCA); [2009] 2 All SA 243 (SCA) (12 January 2009).

41 *Foster, Jacob*, The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretations: Lessons from South Africa, in: University of San Francisco Law Review, San Francisco, 2010, S. 1, 16 f.

42 Institut für Ausländisches Recht und Rechtsvergleichung: <http://www.unisa.ac.za/default.asp?Cmd=ViewContent&ContentID=688> (zuletzt abgerufen am 15.3.2016).



che System des Vergleichslandes im Grundsatz verstanden sein.<sup>43</sup> Das ist oft zeitaufwendig. Grundsätzlich haben Gerichte nicht die Kapazitäten, um ausgiebig und dezidiert Rechtsvergleichung zu betreiben. Dennoch wurde und wird ungeachtet aller methodischen Herausforderungen an den Gerichten ausgiebig und gerne Rechtsvergleichung vorgenommen. Schon das zweite Urteil des Verfassungsgerichts – *S v Makwanyane and Another* – gilt als Paradebeispiel für angewandte Rechtsvergleichung der Judikative. In der Frage um die Abschaffung der Todesstrafe analysierten die Richter exzessiv Entscheidungen ausländischer Gerichte und Völkerrecht. Insbesondere nahm man Bezug zu den rechtlichen Situationen in den USA, Deutschland, Kanada, Indien, den Vereinten Nationen und der Europäischen Union.<sup>44</sup>

### 5. Exekutive und Legislative

Der Anwendungsbereich von Rechtsvergleichung in Exekutive und Legislative überschneidet sich stark. Das liegt zum einen daran, dass die Exekutive seit Jahrzehnten vom *African National Congress* dominiert wird und damit einen steten Einfluss auf die Gesetzgebung hat. Regierungs- und Verwaltungsmitarbeiter haben wiederholt im Laufe der vergangenen zwanzig Jahre betont, wie wichtig der Einfluss ausländischen Rechts für Südafrika ist. Immer öfter beauftragen zudem Ministerien Hochschulinstitute mit Rechtsvergleichungsprojekten.

Rechtstransfer spielt in diesem Zusammenhang eine Schlüsselrolle: Die Legislative hat schon mehrmals einen Rechtssatz oder ein Gesetz aus dem Ausland übernommen und entsprechend nationaler Gegebenheiten modifiziert.<sup>45</sup> Ein prominentes und nicht unumstrittenes Beispiel ist das Verwaltungsgesetz, der *Promotion of Administrative Justice Act*, dessen Definition von „Entscheidung“ australischer Import ist, während ein Großteil des Gesetzinhalts aus Deutschland stammt.<sup>46</sup>

43 *Kentridge, Sidney*, Comparative Law in Constitutional Adjudication: The South African Experience, in: *Tulane Law Review* 2005, S. 3.

44 So diskutierte etwa Gerichtspräsident *Arthur Chaskalson* in seiner Entscheidung mehrere Urteile des Supreme Court in den USA, des Supreme Judicial Court in Massachusetts, des Supreme Court in Kalifornien, des Ungarischen Verfassungsgerichts, des Deutschen Verfassungsgerichts, des Privy Council, des Kanadischen Supreme Court, des Court of Appeals in Tansania, des Indischen Supreme Court, des Supreme Court in Simbabwe, des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs sowie des Committee on Human Rights der Vereinten Nationen: *S v Makwanyane and Another*, Anmerkung 6, para 1-173.

45 *Ruppel*, Anmerkung 11, S. 67 ff.

46 *Hoexter, Cora*, The Principle of Legality In South African Administrative Law, in: *Maquarie Law Journal* 165 (2004), S. 183 ff.

## 6. Afrikanisches Gewohnheitsrecht

Beim afrikanischen Gewohnheitsrecht handelt es sich üblicherweise um nicht kodifiziertes Recht traditioneller Rechtssysteme, die sich an den entsprechenden Vorstellungen der einzelnen Völker orientieren.<sup>47</sup> Rechtsquellen sind neben uralten Rechten, die sich als *Immemorial Rules* über Generationen hinweg verfestigt haben, die allgemeinen Wertvorstellungen sowie Präzedenzfälle nach den Erinnerungen und Wahrnehmungen der Richter. Mit der Verfassung von 1996 erfuhr das *Customary Law* eine verfassungsrechtliche Aufwertung<sup>48</sup> und ist gleichberechtigter Teil des Rechtssystems.<sup>49</sup> Der hohe Stellenwert von Stammesrecht ist mitunter internationaler Rechtsvergleichung zu verdanken und wird durch internationale Standards gesichert,<sup>50</sup> wenngleich südafrikanisches Gewohnheitsrecht zunächst wohl wenige inhaltliche Schnittstellen mit Verfassungsrecht aufweist.

Da das afrikanische Gewohnheitsrecht zumeist nicht verschriftlicht ist und da auch Gerichtsverhandlungen überwiegend mündlich stattfinden, ist es schwierig, Rechtsvergleichung zu betreiben. Auf der einen Seite ist das ein Verlust sowohl für die staatlichen Institutionen als auch für die Lehre, denn eine Verschriftlichung von geltendem afrikanische Gewohnheitsrecht würde nicht nur nötige Erkenntnisse über südafrikanische Realität, Machtausübung und Gesellschaftsformen bringen, sondern wäre auch nützlich für eine eventuelle sukzessive Angleichung der Parallelsysteme an geltendes Verfassungsrecht sowie andersherum. Andererseits gilt es zu beachten, dass afrikanisches Gewohnheitsrecht zumeist nur wenig inhaltliche Schnittstellen mit Verfassungsrecht hat. Im Übrigen steht afrikanisches Gewohnheitsrecht ohnehin im Rang einfachen Rechts und ist somit der Verfassung unterstellt. Rechtsvergleichung scheint mithin nicht geboten, was indes nicht bedeutet, dass Untersuchungen zur Verfassungsmäßigkeit von afrikanischem Gewohnheitsrecht nicht per se zu wichtigen Ergebnissen für das Verständnis von afrikanischem Gewohnheitsrecht und Verfassungsrecht beitragen könnten.

## V. Ausblick und Fazit

Die zukünftige Rolle der Rechtsvergleichung für die Rechtsstaatlichkeit in der Republik Südafrika ist unklar. Zwar stellt die Anwendung von Rechtsvergleichung bis dato eine Erfolgsgeschichte vor allem im Rahmen der Verfassungsgesetzgebung und Rechtsprechung dar. Fraglich ist aber, inwiefern es darüber hinaus der Umsetzung des geschriebenen Rechts dienlich sein kann. Wenn es etwa um die Durchsetzung von Verfassungsprinzipien geht, die

47 So formulierten die Richter es schon 1921 in *Van Breda and Others v Jacobs and Others* 1921 AD 330, seither galt das *Customary Law* als Ergänzung für normative Lücken im allgemeinen Recht und nicht mehr als eigenständige Rechtsquelle.

48 Bennett, Tom W., *Customary Law in South Africa*, Landsdowne 2004, S. 77.

49 Siehe auch *Alexkor Ltd and Another v Richtersveld Community and Others*, Anmerkung 33, para 51.

50 So etwa durch verschiedenen Bestimmungen im UN-Zivilpakt von 1966.

Bekämpfung von Korruption oder einer effektiven Sanktionierung bei Gesetzesverstößen, kann Rechtsvergleichung auch auf einfachgesetzlicher Ebene oder noch kleinteiliger im Bereich von Verordnungen oder beim Erlass von Verwaltungsakten inspirierend und leitend oder jedenfalls motivierend wirken. Vielleicht ist in dem Rahmen auch eine Rechtsanwendungsvergleichung hilfreich, um die Verfassungswerte in die Realität zu implementieren.

Beachtlich ist, dass Südafrika mittlerweile eine internationale Vorbildrolle für angewandte Rechtsvergleichung eingenommen hat. In der Entwicklung der Verfassung als Produkt internationaler Beratungen, von Nachahmungsprozessen und verfassungsrechtlicher „Rosinenpickerei“ hat Südafrika lebhaft demonstriert, dass „zu viele Köche den Brei nicht verderben“ müssen, sondern dass eine staatliche Rechtsordnung sehr wohl von den Erfahrungen und Expertisen fremder Länder profitieren kann. Elementar scheint dabei nicht nur der Einfluss von außen, sondern die Freiheit der südafrikanischen Verfassungsautoren, die die Essenzen fremder Rechtsansichten in die individuelle Situation Südafrikas transformiert haben. Der Respekt vor diesem Prozess ist auf dem afrikanischen Kontinent und in anderen Ländern enorm. Rechtswissenschaftler weltweit analysieren, was die eigene Rechtsentwicklung von Südafrika lernen kann.<sup>51</sup> Ausgereifte Demokratien wie die Vereinigten Staaten von Amerika sind etwa sehr interessiert am südafrikanischen Verständnis der *Rule of Law*. Auch Kanada hat schon von der jüngsten Rechtsprechung Südafrikas profitiert und vereinzelt Fälle zitiert. Darin steckt eine große Chance für internationale Kooperationen im Rahmen von rechtsvergleichender Arbeit.

In Südafrikas eigenem Interesse läge für die Zukunft eine intensive Erforschung des vielerorts unterschätzten afrikanischen Gewohnheitsrechts, das genauso zum südafrikanischen Rechtssystem gehört, wie die aktuelle Verfassung. In dem Sinne kann gerade Rechtsvergleichung ein Schlüssel für ein besseres Verständnis der Kulturen sein und wichtige Erkenntnisse für die praktische Umsetzung der *Rule of Law* bringen, gegen das gewisse Rechtsgewohnheiten verstoßen, obwohl sie der Verfassung unterworfen sind.

51 Welsh, David, Federalism and the Divided Society. A South African Perspective, in: Bertus de Villiers, Evaluating Federal Systems, Dordrecht 1994, S. 325.