

### Interne Kollisionsnorm und traditionelles Recht im Spannungsfeld kulturellen Wandels: "The Case" S. M. Otieno<sup>1</sup>

Von *Ralph Schuhmann*

#### I. "The Case"<sup>2</sup>

Kein Ereignis hat die kenianische Öffentlichkeit im Jahre 1987 derart elektrisiert wie der Rechtsstreit um den Körper eines Toten. Das Schicksal des verstorbenen S. M. Otieno beherrschte als "S. M. Otieno Case", oder kurz "The Case", in der ersten Hälfte des Jahres die gesamte öffentliche und private Diskussion. Mehrmals trieben Urteilsverkündungen in dieser Sache Tausende auf die Straße, mußte *riot police* vor den Law Courts und in der Innenstadt Nairobis aufziehen<sup>3</sup>, wurde die Befürchtung von Unruhen laut. Die allgemeine emotionale Betroffenheit zeigte, daß die mit den Rechtsfragen des Falles zu Tage tretenden sozialen und kulturellen Streitpunkte in selten gesehenem Maße alle ethnischen und sozialen Gruppen bewegten.

Was war geschehen?

Am 20. Dezember 1986 verstarb in Nairobi der bekannte Strafverteidiger Silvano Melea Otieno im Alter von 55 Jahren. Sein Lebensweg war typisch für die kenianischen Eliten der ersten Generation. Als Angehöriger der Luo-Volksgruppe wuchs er im Stammland seines Klans, der zahlenmäßig bedeutenden Umira Karger, im Siaya District am Lake Victoria

- <sup>1</sup> Wichtige Einblicke verdankt der Autor einem Symposium "Death, Burial and Society: Social, Cultural and Legal Perspectives" der Faculty of Law, University of Nairobi am 18. Juli 1987. Drei anlässlich des Seminars vorgelegte Thesenpapiere wurden nachfolgend berücksichtigt: *D. Okoth-Okombo*, Semantic Issues in the S.M. Otieno Case; *S.C. Wanjala*, Internal Conflict of Law and the Question of Burial: Some Reflections on the S.M. Otieno Case; *Okech-Owiti*, The S.M. Otieno Case: Some Socio-legal Problems.
- <sup>2</sup> Die bisher einzige Veröffentlichung zu diesen Vorfällen ist eine Sammlung der in den Zeitungen Daily Nation bzw. Sunday Nation hierzu erschienenen Artikel: *Sean Egan* (Ed.), S. M. Otieno, Kenya's unique Burial Saga, Nairobi 1987.
- <sup>3</sup> Vgl. *Egan* (Anm. 2), insbes. S. 10 f., 112, 119, 172, 179 f.

auf, verließ jedoch mit 21 Jahren seine Heimat, um in Bombay Rechtswissenschaft zu studieren. Nach seiner Rückkehr aus Indien zog er in das gut 500 Kilometer von seinem Geburtsort entfernte Nairobi, eröffnete dort eine Anwaltskanzlei und heiratete im Jahre 1963 Virginia Edith Wambui, Tochter einer angesehenen Kikuyu-Familie. Die Ehe war nach zweijährigem Zusammenleben unter dem Marriage Act<sup>4</sup> und ohne die traditionellen Hochzeitszeremonien geschlossen worden. Im Jahre 1979 erwarb Otieno ein Haus in Langata bei Nairobi und später gemeinsam mit seiner Frau eine Farm in Upper Matasia bei Ngong, einem Vorort der Hauptstadt. In Langata führte er bis zu seinem Tod das Leben eines urbanen Kosmopoliten, bekannte sich zum Christentum und pflegte einen westlichen Lebensstil. In den letzten zwanzig Jahren unterhielt er nur losen Kontakt zu seiner Heimat und den dort lebenden Verwandten. Das Ehepaar ließ seinen Kindern eine westlich geprägte Erziehung zuteil werden und schickte vier von ihnen zum Studium in die USA. Mit den Sitten, religiösen Gebräuchen und der Sprache der Luo sind sie nicht vertraut.

Bald nach dem Ableben Otienos brachen zwischen der Witwe einerseits und seinem Bruder und der Klan-Organisation andererseits Meinungsverschiedenheiten darüber auf, wo der Verstorbene zu begraben sei und wem das Recht zur Entscheidung dieser Frage zustehe. Während die Witwe die Bestattung auf der gemeinsam erworbenen Farm in Upper Matasia wünschte, bestanden Klan und Verwandte auf einer Beisetzung in Nyamila Village im Siaya District, dem Land ihrer Vorväter. Nachdem mehrere Vermittlungsversuche, unter anderem durch ein Parlamentsmitglied, gescheitert waren, wandte sich die Witwe an die Gerichte, um ihre Vorstellungen durchzusetzen.

Mit Schriftsatz vom 30. Dezember 1986 beantragte sie vor dem High Court den Erlaß einer *injunction*, die dem Bruder des Verstorbenen, dem Antragsgegner zu 1, und dem Führer des Umira Kager Klans, dem Antragsgegner zu 2, untersagt, den Toten aus dem Nairobi City Mortuary zu entfernen. Diesem, auf beeidigte Erklärungen (*affidavits*) gestützten Begehren gab das Gericht am selben Tag durch den Einzelrichter *Shields J.* statt, der darüber hinaus feststellte, daß allein die Antragstellerin zum Besitz der Leiche und zur Bestimmung des Ortes der Beisetzung berechtigt sei. Die von den Antragsgegnern einen Tag später anhängig gemachte und auf *counter-affidavits* gestützte *counter-injunction* wies er am 5. Januar 1987 zurück.

Hiergegen legten die Antragsgegner Widerspruch zum Court of Appeal ein.<sup>5</sup> In der mündlichen Verhandlung wurden die unterschiedlichen Rechtsstandpunkte erstmals mit voller Deutlichkeit ersichtlich. Die Witwe vertrat die Auffassung, im vorliegenden Fall sei von

<sup>4</sup> Cap. 150, Laws of Kenya.

<sup>5</sup> Im Verlaufe des Rechtsstreits wurden noch weitere Anträge auf Erlaß einer *injunction* verhandelt, zudem lehnte die Klägerin das Gericht einmal wegen Befangenheit ab. Diese Verfahren blieben für den Prozeßausgang jedoch ohne Bedeutung.

s.66 Law of Succession Act<sup>6</sup> auszugehen. Diese Vorschrift statuiert, daß die Ehefrau eines Verstorbenen bei der Bestimmung der Person des Nachlaßverwalters (*administrator*) bevorzugt zu berücksichtigen ist. Die Funktion des *administrator* - so die Witwe - umfasse jedoch auch das Recht und die Pflicht, über Art und Ort der Bestattung zu entscheiden. Da die Statuten dem traditionellen Recht vorgingen, müsse dieses vorliegend hinter dem Law of Succession Act zurücktreten. Gegen diese Ansicht wandten sich die Widerspruchsführer mit dem Hinweis, für den gegebenen Fall sei keine Vorschrift des geschriebenen Rechts einschlägig. Aus diesem Grund komme das subsidiär geltende traditionelle Recht der Luo zur Anwendung, das der Ehefrau des Verstorbenen keinerlei Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich seiner Bestattung einräume.

Am 8. Januar 1987 hob der Court of Appeal durch eine *interim-order* beide Entscheidungen des High Court als substantiell rechtsfehlerhaft auf und untersagte der Witwe, den Toten an einem anderen als dessen Heimatort bestatten zu lassen, solange über die Hauptsache nicht entschieden sei. Hinsichtlich des gesamten Rechtsstreits ordnete das Gericht eine streitige Verhandlung vor dem High Court an.<sup>7</sup>

Das Verfahren fand vor *Bosire J.* als Einzelrichter statt. Im Mittelpunkt stand vor allem die im Rahmen der Beweisaufnahme erfolgende Ermittlung des einschlägigen traditionellen Rechts der Luo, die von der Öffentlichkeit auf das Lebhafteste verfolgt wurde. Nach sechzehn Verhandlungstagen erging am 13. Februar 1987 das Urteil. *Bosire J.* stellte darin fest, daß für die Frage der letzten Ruhestätte Otienos weder das geschriebene Recht noch das *common law* einschlägig und daher das traditionelle Recht der Luo heranzuziehen sei. Dieses weise der Witwe und dem Bruder des Verstorbenen - also der Klägerin und dem Beklagten zu 1 - gemeinsam das Recht zu, für die Bestattung des Toten Sorge zu tragen und den Ort seiner Beisetzung zu bestimmen. Da sich die Parteien in der Vergangenheit jedoch als nicht konsensfähig erwiesen hätten, ordnete *Bosire J.* die Bestattung Otienos in dessen Heimatgemeinde an.<sup>8</sup>

Gegen dieses Urteil legte die Klägerin Berufung beim Court of Appeal ein. Ihren Anspruch stützte sie nun nicht mehr auf das geschriebene Recht, sondern auf *common law*, das die Anwendbarkeit des traditionellen Rechts ebenfalls auszuschließen vermag. Nach zehn Verhandlungstagen erging am 15. Mai 1987 die Entscheidung des Gerichts, in der es das Urteil des High Court in seinen wesentlichen Feststellungen bestätigte und die Berufung der Witwe zurückwies. Abweichend von *Bosire J.* bestimmte es jedoch, daß der Körper des

<sup>6</sup> Cap. 160, Laws of Kenya.

<sup>7</sup> Vgl. den Wortlaut des Beschlusses bei *Egan* (Anm. 2), S. 14 ff.

<sup>8</sup> Vgl. den Wortlaut ebd., S. 104 ff.

Toten ausschließlich an den Berufungsklagten zu 1 herauszugeben sei.<sup>9</sup> Mit diesem Urteil, gegen das kein Rechtsmittel mehr zulässig war, endete "Kenya's unique burial saga"<sup>10</sup>.

Am 17. Mai 1987, 146 Tage nach seinem Ableben, wurde S. M. Otieno aus dem Nairobi City Mortuary in seine Heimat überführt und dort am 23. Mai 1987 zur letzten Ruhe gebettet.

## II. Die rechtlichen Fragestellungen

Im Mittelpunkt des Rechtsstreits stand ursprünglich eine rein legalistische Frage: Nach welchem Recht - traditionellem oder "modernem"<sup>11</sup> - richtet sich die Beisetzung des verstorbenen S. M. Otieno? Ihre Beantwortung erfordert die Behandlung verschiedener rechtlicher Probleme: Geht im Falle einer Kollision das *common law* oder das traditionelle Recht vor? Welche Gebräuche sind für die Bestimmung des traditionellen Rechts maßgebend? Gibt es eine Möglichkeit, sich seiner Anwendung zu entziehen? Sind die Regelungen des traditionellen Beerdigungsrechts der Luo mit Moral und Gerechtigkeit vereinbar? Diese äußerst kontroversen Rechtsfragen können jedoch nicht losgelöst von den dahinterstehenden Kultur- und Wertekonflikten diskutiert werden, durch welche sie ihre besondere Bedeutung erhalten.

### 1. Die Position des traditionellen Rechts in der Hierarchie der Rechtsquellen

Wie in den meisten Ländern Schwarzafrikas hat das von den Briten geschaffene pluralistische Rechtssystem auch in Kenia die Kolonialzeit überlebt. Es umfaßt mehrere Kategorien von Rechtsquellen, die eine unterschiedliche Herkunft haben<sup>12</sup>: Das geschriebene Recht wurde von den Kolonialherren eingeführt und nach Erlangung der Unabhängigkeit weiter ausgebaut. Subsidiär hierzu sind das *common law*, die *doctrines of equity* und die *statutes of general application* heranzuziehen. Beide Rechtssysteme sind fast ausschließlich westlich und insbesondere britisch geprägt. Soweit das geschriebene Recht dies zuläßt und mindestens eine Partei Afrikaner ist, gilt das traditionelle afrikanische Recht. Es umfaßt jene Normen, die sich aus den Gebräuchen der verschiedenen Ethnien Kenias entwickelt haben.

<sup>9</sup> Otieno v. Ougo and Siranga; vgl. den Wortlaut bei ebd., S. 173 ff. oder bei Eugene Cotran, Case-book of Kenya Customary Law, Oxon 1987, S. 331 ff.

<sup>10</sup> So der Untertitel der von Egan herausgegebenen Sammlung.

<sup>11</sup> "Modern" bezeichnet hier verkürzend das europäisch geprägte Recht, ohne daß damit eine Wertung impliziert wird. Vgl. zu diesem Problemkreis Brun-Otto Bryde, Rezeption europäischen Rechts und autozentrierte Rechtsentwicklung in Afrika, Afrika Spektrum 12 (1977), S. 120 ff.

<sup>12</sup> Hierzu näher Tudor Jackson, The Law of Kenya, Nairobi usw. 1970, S. 4 ff.

Für Muslims ist schließlich in den gesetzlich vorgesehenen Fällen, bei denen es sich vor allem um Aspekte des Personenrechts handelt, das islamische Recht anwendbar.

Die sich teilweise überschneidenden Regelungsbereiche der verschiedenen Rechtsquellen werden durch die interne Kollisionsnorm<sup>13</sup> der s.3 Judicature Act<sup>14</sup> koordiniert, die sie in eine hierarchische Ordnung bringt:

"(1) The Jurisdiction of the High Court, the Court of Appeal and of all subordinate courts shall be exercised in conformity with -

(a) the Constitution;

(b) subject thereto, all other written laws, including the Acts of Parliament of the United Kingdom cited in Part I of the schedule to this Act, modified in accordance with Part II of the Schedule;

(c) subject thereto and so far as those written laws do not extend or apply, the substance of the common law, the doctrines of equity and the statutes of general application in force in England on the 12th of August, 1897, and the procedure and practice observed in courts of justice in England at that date;

but the common law, doctrines of equity and statutes of general application shall apply so far only as the circumstances of Kenya and its inhabitants permit and subject to such qualifications as those circumstances may render necessary.

(2) The High Court, the Court of Appeal and all subordinate courts shall be guided by African customary law in civil cases in which one or more of the parties is subject to it or affected by it, so far as it is applicable and is not repugnant to justice and morality or inconsistent with any written law, and shall decide all such cases according to substantial justice without undue regard to technicalities of procedure and without undue delay."

In der Praxis erweist sich s.3 jedoch als außerordentlich problematisch, und nicht selten schafft sie mehr Konflikte als sie löst. Dies resultiert zu einem Gutteil aus ihrer spezifischen Funktion im Rahmen der kolonialen Rechtspflege. Die Vorschrift diente in erster Linie dazu, das von den Kolonialherren als unchristlich, primitiv, ethisch minderwertig und fortschrittshemmend empfundene traditionelle Recht zugunsten des importierten, europäisch geprägten Rechts zurückzudrängen.<sup>15</sup> S.3 eröffnete hierfür zwei Wege. Zum einen räumt sie in subs.(1) der Verfassung und den Statuten die absolute Priorität vor den übrigen

<sup>13</sup> *Max Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., München 1987, S. 138 spricht von **interpersonaler** Rechtskollision. Mit dem Terminus **interne** Rechtskollision wird hier jedoch der gebräuchlichen englischen Bezeichnung gefolgt; vgl. *A.J.G.M. Sanders*, The internal conflict of laws in Botswana, in: Jahrbuch für Afrikanisches Recht, Bd. 5, Heidelberg 1985, S. 138 Anm. 5.

<sup>14</sup> Cap. 8, Laws of Kenya.

<sup>15</sup> Vgl. *William B. Harvey*, Introduction to the Legal System in East Africa, Kampala usw. 1975, S. 524.

Rechtsquellen und somit auch vor dem traditionellen Recht ein. Zum anderen ermöglichte die *repugnancy clause* der subs.(2), von der Anwendung des traditionellen Rechts abzusehen, soweit es gegen Gerechtigkeit und Moral verstößt.

Für eine Vielzahl der von s.3 aufgeworfenen Probleme ist zudem ihre für die Gesetze der Kolonialzeit typische Unbestimmtheit verantwortlich, durch welche der Exekutive ein größtmöglicher Handlungsspielraum eröffnet werden sollte. So ist insbesondere ungeklärt, ob auch das traditionelle Recht zu den "circumstances of Kenya and its inhabitants" im Sinne von s.3(1)(c) zählt. In diesem Fall wäre die Anwendung des *common law*, der *doctrines of equity* oder der *statutes of general application* ausgeschlossen, wenn sie im Widerspruch zum traditionellen Recht stünden. Ebenso wenig herrscht Klarheit darüber, wie das Wort "guided" in subs.(2) zu verstehen ist. *Allott* geht insoweit von drei möglichen Bedeutungen aus<sup>16</sup>:

"(1) The courts have an unfettered discretion whether to apply customary law or not, and, if they decide to apply customary law, which rules to apply and with whatever qualifications they think fit.

(2) Courts have no discretion whether to apply customary law or not...; but in applying customary law they need not apply it in all its rigour and detail. ...

(3) There is no discretion; courts must apply customary law in cases between Africans, and they must apply it in its full detail, save for that excluded by the repugnancy and inconsistency provisions."

Schließlich sind Konturen und Gehalt der *repugnancy clause* praktisch nicht auslotbar, da sie weitgehend unbestimmt ist und insbesondere der Ausfüllung durch moralische Wertungen bedarf, ohne daß hierfür ein Maßstab zur Verfügung steht.<sup>17</sup>

Angesichts dieser ideologischen Vorbelastung und rechtlichen Vagheit kann es nicht verwundern, daß die mit dem Fall *S. M. Otieno* befaßten Gerichte s.3 Judicature Act jeweils unterschiedlich anwendeten und teilweise zu entgegengesetzten Ergebnissen kamen.

In den am 30. und 31. Dezember 1986 vor dem High Court anhängig gemachten Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz ging *Shields J.* ohne weiteres davon aus, daß der Rechts-

<sup>16</sup> *Anthony Allott*, *New Essays in African Law*, London 1970, S. 133.

<sup>17</sup> Vgl. *Harvey* (Anm. 15), S. 522 f.; *Ulrich Wacker*, *Der Konflikt verschiedener Rechtssysteme vor, während und nach der Kolonialzeit in Kenia*, Frankfurt/M. usw. 1976, S. 102 ff.; *James S. Read*, *Customary Law under Colonial Rule*, in: *H. T. Morris/J. S. Read*, *Indirect Rule and the Search for Justice*, Oxford 1972, S. 175 ff.

streit nach dem Law of Succession Act zu beurteilen sei. Daran anknüpfend führte er in seinem Beschluß vom 5. Januar 1987 aus:

"Likewise I can see nothing in sub-section 2 of section 3 of the Judicature Act or elsewhere in our law which imposes a duty on a personal representative to bury a Luo or a member of any other tribe in accordance with tribal custom and in the tribal homeland. Nor, may I say, do I find anything in our law that casts any duty on a personal representative to bury a deceased in accordance with the religious ceremonies of any particular religion. Even if such a duty could be discovered in our laws, I do not see what legal right or *locus standi* the defendants have to enforce it."<sup>18</sup>

Für *Shields J.* barg der vorliegende Fall demnach keine Rechtskollision. Er überprüfte allein das geschriebene Recht, vermochte jedoch keine Bestimmung zu finden, die eine Beisetzung des Toten in dessen Heimatgemeinde oder gemäß den traditionellen Gebräuchen angeordnet und damit dem seines Erachtens unzweifelhaften Anspruch der Klägerin entgegengestanden hätte. Allerdings läßt seine Argumentation vermuten, daß er die Bedeutung von s.3 in zweifacher Hinsicht verkannte. Eine Vorschrift des gesuchten Inhalts konnte er in den von ihm untersuchten Gesetzen deshalb nicht finden, weil es sie nicht gibt. Er hätte sie allenfalls dem - ungeschriebenen - traditionellen Recht der Luo entnehmen können, dessen Anwendung er jedoch nicht in Erwägung zog. S.3 Judicature Act mußte für seine Bemühungen erst recht unergiebig bleiben, da es sich bei ihr um eine reine Kollisionsnorm ohne materiellen Regelungsgehalt handelt.

*Bosire J.* beschritt methodisch einen anderen Weg, der ihn zu dem entgegengesetzten Ergebnis führte. Er prüfte zunächst die in s.3(1) aufgeführten Rechtsquellen in der Reihenfolge ihrer hierarchischen Ordnung. Dabei vermochte er weder im geschriebenen Recht Kenias noch unter den am 12. August 1897 in England in Kraft befindlichen Vorschriften einen einschlägigen Rechtssatz zu finden. Insbesondere stellte er die Unanwendbarkeit der von der Klägerin zur Stützung ihrer Position angeführten Gesetze fest: s.146(2) Public Health Act<sup>19</sup>, Law of Succession Act und Marriage Act. Sodann wandte er sich dem *common law* zu, konnte jedoch auch für England keine einschlägige Entscheidung ermitteln. Hieraus folge für ihn zwingend, daß gemäß s.3(2) Judicature Act das traditionelle Recht der Luo auf den Rechtsstreit anzuwenden war. Auch für *Bosire J.* handelte es sich somit nicht um den Fall einer Rechtskollision.

Der Court of Appeal wollte keinem dieser Lösungswege folgen. In dem Berufungsverfahren sah er sich daher veranlaßt, zu der Position des traditionellen Rechts in der Hierarchie

<sup>18</sup> Vgl. bei *Egan* (Anm. 2), S. 6.

<sup>19</sup> Cap. 242, Laws of Kenya.

der Rechtsquellen Kenias und vor allem zu dessen Verhältnis zum *common law* grundsätzlich Stellung zu nehmen:

"The place of customary law as the personal law of the people of Kenya is complementary to the relevant written laws. The place of the common law is generally outside the sphere of personal customary law with some exceptions. The common law is complementary to the written law in its sphere. Now suppose that exceptionally there is a difference between the customary and the common law in a matter of a personal law. First of all, if there is clear customary law on this kind of matter, the common law will not fit the circumstances of the people of Kenya. That is because they would in this instance have their own customary laws. ... Then suppose by misfortune that in this instance those customs were held to be repugnant to justice and morality, and were thus discarded, there would be the common law to fall back upon, at least in a modified form."<sup>20</sup>

Diese Ausführungen beinhalten zwei wesentliche Aussagen. Zum einen unterscheidet der Court of Appeal eine "Sphäre" des geschriebenen und eine des traditionellen Rechts, für die er eine jeweils andere Hierarchie der Rechtsquellen feststellt. Während im Geltungsbereich der Statuten dem *common law* der Vorrang vor dem traditionellen Recht zu geben sei, trete es im Personenrecht, der Sphäre des traditionellen Rechts, grundsätzlich zurück. Im Falle einer Kollision zwischen traditionellem Recht und *common law* geht das erstere somit nicht immer vor, vielmehr ist je nach der einschlägigen Materie zu differenzieren. Zum anderen betont der Court of Appeal, daß er das traditionelle afrikanische Recht innerhalb seines Anwendungsbereichs als Umstand ("circumstance") im Sinne von s.3(1) Judicature Act ansehe. Hat ein Richter darüber zu entscheiden, ob "the circumstances of Kenya and its inhabitants" die Anwendung des *common law* auf einen personenrechtlichen Sachverhalt zulassen, muß er demnach zuerst fragen, ob sich insoweit eindeutige Bestimmungen des traditionellen Rechts feststellen lassen. Ist dies der Fall, können die Regeln des *common law*, die *doctrines of equity* und die *statutes of general application* nicht herangezogen werden, es sei denn, das traditionelle Recht wäre gemäß der *repugnancy and inconsistency clause* unanwendbar. In seinen Schlußbetrachtungen bestätigte das Gericht noch einmal dieses Ergebnis:

"This court had occasion ... in ... *Civil Appeal No 123 of 1985* to caution that the common law and its applicability must be tempered and adjusted to the circumstances and views generally held in Kenya."<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Vgl. bei *Egan* (Anm. 2), S. 176.

<sup>21</sup> Vgl. ebd., S. 178.



Wenngleich der Court of Appeal zu der Bedeutung des Wortes "guided" in s.3(2) Judicature Act nicht abschließend Stellung nahm, fanden seine Ausführungen zu dieser Frage bei einer sensiblen Öffentlichkeit doch große Beachtung:

"Under s.3(2) of the Judicature Act, the courts of the country must be guided by African customary law provided such law is not repugnant to justice and morality or inconsistent with any written law."<sup>22</sup>

Aus dieser Äußerung und ihrem Kontext ist zu schließen, daß nach Ansicht des Court of Appeal das traditionelle Recht zwingend und in vollem Umfang angewendet werden muß, solange seine Gültigkeit nicht durch die *repugnancy and inconsistency clause* ausgeschlossen ist. Das Gericht scheint somit der dritten der von *Allott* identifizierten Interpretationsmöglichkeiten des Wortes "guided" zuzuneigen, wonach ein richterliches Ermessen bei der Anwendung traditionellen Rechts nicht besteht.

Mit seinen Feststellungen zur Position des traditionellen Rechts in der Hierarchie der Rechtsquellen nahm der Court of Appeal, das höchste Gericht Kenias, zwei entscheidende Weichenstellungen in dieselbe Richtung vor: die Anerkennung der Priorität des traditionellen Rechts gegenüber dem *common law*, den *doctrines of equity* und den *statutes of general application* im Bereich des Personenrechts sowie eine allgemeine Aufwertung seiner Rolle innerhalb der kenianischen Rechtsordnung.

## 2. Die Bestimmung des Beerdigungsrechts der Luo

Mit der Wahl des traditionellen Rechts als anzuwendende Materie begaben sich *Bosire J.* und der Court of Appeal auf gefährliches und weitgehend ungesichertes Terrain. Da es sich bei dem traditionellen afrikanischen Recht um ungeschriebene, oral tradierte Regeln handelt, besteht eine besondere Schwierigkeit in ihrer Eruierung und der Ermittlung ihres Inhalts. Im Wege einer umfangreichen Beweisaufnahme identifizierte *Bosire J.* aus dem Beerdigungsrecht der Luo folgende hier relevanten Prinzipien:

- 1) Die Frage, wo ein Mann zu bestatten ist, richtet sich danach, ob er eine eigene Heimstatt (*home*) errichtet hat und ob er vor seinem Vater gestorben ist.
- 2) Ein Luo wird am Ort seiner Heimstatt beigesetzt<sup>23</sup>, wenn er eine solche gemäß den traditionellen Riten errichtet und seinen Vater überlebt hat.

<sup>22</sup> Vgl. ebd., a.a.O.

<sup>23</sup> Die Luo praktizieren ausschließlich die Erdbestattung. Zu ihrer Form vgl. *Hans-Egil Hange*, Luo Religion and Folklore, Oslo usw. 1974, S. 18.

3) Verstirbt ein Mann vor seinem Vater, als Junggeselle oder ohne Sohn, oder hat er keine eigene Heimstatt gegründet, so muß er nahe der väterlichen Heimstatt an einem Ort bestattet werden, den die Ältesten bestimmen.

Am erbittertsten umkämpft war in diesem Zusammenhang die Vorfrage, ob es sich bei Otienos Haus in Upper Matasia um eine Heimstatt im Sinne des traditionellen Rechts handelte und der Verstorbene somit dort zu bestatten war. Die Auseinandersetzung konzentrierte sich insbesondere darauf, ob die Luos zwischen einer Heimstatt (*home*, *dholuo* = *dala*) und einem Haus (*house*) unterscheiden. *Bosire J.* würdigte die von den Beklagten beigebrachten Beweismittel dahingehend, daß die Luo nur dann von *dala* sprechen, wenn eine Wohnstätte gemäß einem bestimmten Ritual errichtet worden ist. Dieses erfordere im wesentlichen:

- 1) Die Billigung der Gründung einer Heimstatt und des Ortes ihrer Errichtung durch den Vater oder einen Repräsentanten des Klans.
- 2) Das Aufsuchen des Bauplatzes durch den Bauherrn, seinen Vater - beziehungsweise den Repräsentanten - und seinen ältesten Sohn, wobei der Vater einen Hahn und der Sohn eine Axt trägt.
- 3) Das Zurücklassen des Hahnes.
- 4) Die Rückkehr der drei Personen am folgenden Tag. Die Geeignetheit des Bauplatzes ist erwiesen, wenn der Hahn noch vorgefunden wird. Dann entfacht der Vater das Herdfeuer.
- 5) Die Errichtung der benötigten Gebäude, üblicherweise unter Mithilfe der dörflichen Gemeinschaft.

Der Verstorbene hatte diese Riten unbestritten nicht vollzogen. Nach der Ansicht von *Bosire J.*, die der Court of Appeal im Berufungsverfahren teilte, handelte es sich bei der Wohnung Otienos in Upper Matasia daher nicht um ein *dala*. Beide Gerichte stimmten mit den Beklagten überein, daß die in den Städten lebenden Männer der Luo Häuser (*houses*), aber keine Heimstätten (*homes*) bewohnen. Für den Fall ihres Ablebens schreibt das traditionelle Recht, so *Bosire J.* in seinem Urteil, jedoch vor:

- 1) Alle männlichen Luo, die außerhalb ihrer traditionellen Heimat leben und dort keine eigene Heimstatt gegründet haben, müssen nach ihrem Tod zur Bestattung in das Land ihrer Vorväter transportiert werden.
- 2) Die Entscheidung, wo und wie in Luo zu bestatten ist, liegt bei dem Klan, dem der Verstorbene angehört.

Hiervon ausgehend kamen der High Court und der Court of Appeal zu dem Schluß, daß Otieno grundsätzlich in seiner Heimatgemeinde zu bestatten sei.

Bei der Ermittlung des Beerdigungsrechts der Luo folgten beide Gerichte in vollem Umfang der Beweisführung der Beklagten. Teilweise hat die Klägerin sich dies selbst zuzuschreiben, da sie sich ausschließlich auf geschriebenes Recht und *common law* berief und es versäumte, hilfsweise für die Existenz solcher traditioneller Gebräuche Beweis

anzutreten, die ihr Begehren zu stützen vermocht hätten. Dennoch bleiben beträchtliche Zweifel, ob die Gerichte durch die strikte Anwendung des Parteienprinzips der Gerechtigkeit Genüge getan haben. Zwar ist umstritten, ob einschlägiges traditionelles Recht gemäß ss. 59, 60 Evidence Act<sup>24</sup> von Amts wegen zu ermitteln oder von der Partei zu beweisen ist, die sich auf seine Geltung beruft.<sup>25</sup> Angesichts der emotional aufgeladenen Atmosphäre, in der die Verhandlung des Falles S. M. Otieno stattfand, und der deutlichen Anzeichen für eine Präparierung der Beweismittel durch die Parteien wäre es jedoch ratsam und auch zulässig gewesen, daß die Gerichte selbst Beweis erheben. So aber bleiben die Feststellungen zum Beerdigungsrecht der Luo mit erheblichen Zweifeln behaftet.

Noch schwerer als dieses Unterlassen wiegt die ungemilderte Anwendung der von den Gerichten ermittelten Gebräuche der ländlichen Gemeinschaften des Siaya District. Sie steht im Widerspruch zu zwei wesentlichen Charakteristika des traditionellen Rechts<sup>26</sup>: Einmal sind seine Gebote keineswegs absolut, sondern in hohem Maße flexibel; überdies wandelt es sich mit den sozialen Gegebenheiten, auch wenn es aufgrund seiner in der Vergangenheit weitgehend konstanten Funktionsbedingungen statisch erscheinen mag. Beide Eigenschaften wurzeln in seiner Funktion als Instrument zum sozialen Interessenausgleich und damit zur Erhaltung des gesellschaftlichen Gleichgewichts.

In Kenia liegen dem traditionellen Recht die Gebräuche kleiner, übersichtlicher ländlicher Gemeinschaften zugrunde, die auf verwandschaftlichen Beziehungen basieren und in sozialer und kultureller Hinsicht bisher relativ statisch waren. Aus diesem Grund erweist es sich als vergleichsweise konkret, flexibel und unverbindlich.<sup>27</sup> Die von *Bosire J.* und dem Court of Appeal implizierte Absolutheit der von ihnen festgestellten Gebräuche ist daher realitätsfern. Dies zeigt sich schon daran, daß die Luo eine Vielzahl von Arten der Bestattung wie auch des Sterbens selbst kennen, denn ein bedeutender Mann stirbt zum Beispiel anders als ein unbedeutender. Entscheidend sind insbesondere Geschlecht, Personenstand, Alter und Status. Auch muß berücksichtigt werden, daß eine außergewöhnliche Situation nicht in jedem Fall eine strikte Rechtsanwendung nach sich zieht. Vielmehr werden die Gebräuche gegebenenfalls modifiziert, wenn der soziale Friede nur so gewahrt werden kann. Wollte etwa ein Luo eine *dala* errichten und Vater, Sohn oder Onkel wären verstorben, so würden sich die Ältesten zusammensetzen und beraten, wie hier Abhilfe zu leisten sei.

<sup>24</sup> Cap. 80, Laws of Kenya.

<sup>25</sup> Vgl. *F. H. Morris*, Evidence in East Africa, London usw. 1968, S. 115 ff.

<sup>26</sup> Zum folgenden vgl. *A. N. Allott/A. L. Epstein/M. Gluckmann*, Introduction, in: *Max Gluckmann* (Ed.), Ideas and Procedures in African Customary Law, London 1969, S. 9 f.; *Allott* (Anm. 16), S. 150.

<sup>27</sup> Hier allgemein *Gunnar Myrdal*, The "Soft State" in Underdeveloped Countries, UCLA Law Review 15 (1967/68), S. 1119 f.; *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, Bd. 1, Hamburg 1972, S. 148 ff.

Ebenso würde im Falle einer Beisetzung verfahren, wenn der Körper des Verstorbenen nicht mehr verfügbar ist, etwa weil dieser ertrank oder in Feindesland getötet wurde.

Die Feststellung traditionellen Rechts wird durch die soziokulturelle Dynamik in Kenia besonders erschwert. Gebräuche wurzeln in konkreten sozialen Übungen, die in engem Bezug zu der ökonomischen, kulturellen und natürlichen Situation einer Gemeinschaft stehen. Zudem sind sie eng verwoben mit dem religiösen und sozialen Wertesystem. Zutreffend stellte Nyarangi J.A. in *Hassan v. Kamau Transporters* fest: "there is always a purpose for the practice of a custom"<sup>28</sup>. So erweist sich die Frage des Bestattungsortes für die Luo nicht zuletzt deshalb als bedeutsam, weil im Streitfall ein gewichtiges Indiz für das traditionelle Recht zum Besitz von Land darin gesehen wird, daß die Ahnen dort begraben liegen. Ändern sich die Lebensbedingungen einer Gemeinschaft, so wandeln sich auch die Gebräuche. Zum Beispiel herrscht in dem dicht bevölkerten Siedlungsgebiet der Luo heute eine derartige Landknappheit, daß viele Männer ihre Hütte im Bereich der Heimstatt ihres Vaters errichten müssen. Mit dieser veränderten Situation ist jedoch auch ein Wertewandel einhergegangen. Wäre eine solche Hütte früher Bestandteil der väterlichen *dala* gewesen, so wird sie heute selbst als *dala* angesehen. Andere Luo sind wiederum migriert und haben in ihrer neuen Heimat Hütten errichtet, die sie als *dala* bezeichnen, wie etwa in der *shugar belt area* am Fuße der Nandi Hills im Kisumu District. Ähnliches gilt für das Beerdigungsrecht, da sich die Wahrnehmung von Sterben und Tod wandelt. *Bosire J.* stellte denn auch fest, daß viele der ehemals befolgten Riten mittlerweile nicht mehr ausgeführt werden.<sup>29</sup>

Zwar ist nicht geklärt, wann und unter welchen Voraussetzungen Gebräuche zu Recht gerinnen<sup>30</sup>, doch besteht Einigkeit darüber, daß sich mit ihnen auch das traditionelle Recht ändert.<sup>31</sup> Von besonderer Bedeutung ist dabei der Zeitfaktor. Während man früher, ausgehend von der Doktrin des *common law*, wonach Gewohnheitsrecht nur die seit unvordenklicher Zeit existierenden Übungen umfaßt<sup>32</sup>, häufig einen "time test" durchführte, haben die spezifischen Gegebenheiten und Bedürfnisse der afrikanischen Gemeinschaften zu der Einsicht geführt, das traditionelle Recht könne auch relativ junge Gebräuche reflektieren.<sup>33</sup> Ebenso ist der umgekehrte Schluß anerkannt: Gebräuche, die allgemein und über einen längeren Zeitraum nicht mehr beachtet werden, sind nicht als traditionelles Recht anzusehen.<sup>34</sup> Aus der Sicht der Klägerin hätte somit die Argumentation nahegelegen, die traditio-

<sup>28</sup> Das Zitat findet sich im Urteil von *Bosire J.*, vgl. bei *Egan* (Anm. 2), S. 108.

<sup>29</sup> Vgl. ebd., S. 111.

<sup>30</sup> Vgl. *Allott* (Anm. 16), S. 154 f.

<sup>31</sup> Vgl. die Beispiele bei *Allott/Epstein/Gluckmann* (Anm. 26), S. 10 f. und bei *Allott* (Anm. 16), S. 151 f.

<sup>32</sup> Ebd., S. 151 ff.

<sup>33</sup> Ebd., S. 153 ff.

<sup>34</sup> *Allott/Epstein/Gluckmann* (Anm. 26), S. 11 f. Hiervon ging auch *Bosire J.* aus, vgl. bei *Egan* (Anm. 2), S. 111.

nellen Konzepte der *dala* und der Beerdigung würden unter den Luo mittlerweile nicht mehr allgemein beachtet.

Dieses Problem ist eng verknüpft mit der Frage, welchen sozialen Bezugspunkt das traditionelle Recht heute hat. Bisher wurde insofern allgemein von dem Stamm beziehungsweise von der Ethnie ausgegangen. In Kenia verlieren diese Einheiten jedoch zunehmend ihre Funktion als kulturelle Klammer, die gegen Ende der Kolonialzeit einsetzende demographische Dynamik hat dazu geführt, daß viele Kenianer heute außerhalb ihrer ursprünglichen Heimatregion unter Bedingungen leben, die sich von denen der traditionellen ländlichen Gemeinschaften grundlegend unterscheiden. Nach den Feststellungen von *Bosire J.* und dem Court of Appeal würden außerhalb des geschriebenen Rechts alle Luo denselben personenrechtlichen Bestimmungen - und zwar denen der traditionellen ländlichen Gemeinschaften - unterliegen, unabhängig davon, ob sie als Bauern im ruralen Diaya District siedeln, in den Slumgebieten Nairobis leben, in die Teeanbaugebiete des Kericho District migriert sind oder nach einem Hochschulstudium in Übersee ein westlich geprägtes Leben in einem der wohlhabenden Vororte der Hauptstadt führen. Hieraus folgt eine rechtspolitische Konsequenz, mit der die afrikanischen Gesellschaften schon in anderem Zusammenhang schmerzhaft Erfahrungen gemacht haben: So wie das importierte westliche Recht die Lebensbedingungen der Nichtprivilegierten, und damit des Gros der Bevölkerung, nur unzureichend reflektiert<sup>35</sup>, geht nun sogar für den besonders sensiblen Bereich des Personenrechts der Bezug zur sozialen Realität verloren. Für die betroffene soziale Gruppe hat dies eine fatale Folge: Sie wird rechtlos.<sup>36</sup> Angesichts dessen stand der Klägerin ein weiterer Ausweg offen, und es wäre interessant gewesen zu sehen, wie der Court of Appeal in diesem Fall entscheidet: Anstatt auf geschriebenes Recht oder *common law* hätte auch sie sich auf das traditionelle Recht der Luo berufen können, und zwar nicht auf das der ländlichen Gemeinden des Siaya District, sondern auf das der im Nairobi von 1987 lebenden Luo.

### 3. Die Möglichkeit der Loslösung vom traditionellen Recht

Uneinig waren die Gerichte auch in der Beurteilung einer weiteren brisanten Frage: Konnte sich S. M. Otieno durch seine Lebensführung dem Geltungsanspruch des traditionellen Rechts entziehen? Die Ausführungen von *Shields J.* einerseits und des Court of Appeal andererseits markieren die beiden Pole dieses Problems. Für Judge *Shields* stand die Unanwendbarkeit traditionellen Rechts auf den vorliegenden Fall außer Frage:

<sup>35</sup> Vgl. etwa *R. N. Holleman*, The Trouble-cases and Trouble-less Cases, *Law and Society Review* 7 (1972-1973), S. 600 f.

<sup>36</sup> So *Jacqueline Costa-Lascoux*, Le droit pénal, l'unité nationale et le développement économique, *Archives de politique criminelle*, 1 (1975), S. 93.

"He was a metropolitan and a cosmopolitan, and though he undoubtedly honoured the traditions of his ancestors, it is hard to envisage such a person as subject to African Customary Law and in particular to the customs of a rural community."<sup>37</sup>

Dieser Ansicht trat der Court of Appeal mit der apodiktischen Feststellung entgegen:

"At present there is no way in which an African citizen of Kenya can divest himself of the association with the tribe of his father if those customs are patrilineal. It is thus clear that Mr. Otieno having been born and bred a Luo remained a member of the Luo tribe and subject to the customary law of the Luo people."<sup>38</sup>

Diese auf den ersten Blick so eindeutige Aussage des Court of Appeal sorgte unter den kenianischen Juristen für erhebliche Verwirrung, da die Möglichkeit der Durchbrechung des Geltungsanspruchs traditionellen Rechts außer Frage steht. Zwar wird das Personenrecht eines Kenianers gemäß s.3(2) Judicature Act durch die traditionellen Gebräuche seiner ethnischen Gruppe bestimmt, doch gilt dies nicht uneingeschränkt. Eine Ausnahme bilden die Aspekte, für welche der Gesetzgeber eine zwingende Regelung erlassen oder dem Betroffenen die Wahl zwischen traditionellem und "modernem" Recht eröffnet hat. Dies ist beispielsweise für den während des Rechtsstreits häufig diskutierten Marriage Act ebenso wie für den Matrimonial Causes Act<sup>39</sup> und den Law of Succession Act der Fall. Selbst die in anderem Zusammenhang erörterte s.146 Public Health Act, die es dem Minister ermöglicht, eine Exhumierung zu verfügen, wenn der Schutz der öffentlichen Gesundheit dies erfordert, durchbricht den Wirkungsbereich des traditionellen Rechts. Dasselbe trifft für den Law of Domicile Act<sup>40</sup> und das den Domizilwechsel regelnde internationale Privatrecht zu. Schon insoweit kann die Feststellung des Court of Appeal in dieser Allgemeinheit somit nicht zutreffen.

Zwar haben *Bosire J.* und der Court of Appeal betont, daß der Marriage Act, der Law of Succession Act und der Public Health Act im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig sind. Damit ist jedoch nichts darüber besagt, ob die Willensbetätigung eines Rechtssubjekts das traditionelle Recht auch außerhalb dieser spezialgesetzlichen Einbruchstellen zu derogieren vermag. Der Court of Appeal verneinte diese Möglichkeit, ohne hierfür eine Begründung zu geben.

Die Kontroverse, ob und unter welchen Umständen die Abwendung von den traditionellen Lebensformen - insbesondere durch eine Heirat nach "modernem" Recht, das Bekenntnis

<sup>37</sup> *Egan* (Anm. 2), S. 6.

<sup>38</sup> Ebd., S. 174.

<sup>39</sup> Cap. 152, Laws of Kenya.

<sup>40</sup> Cap. 37, Laws of Kenya.

zum christlichen Glauben oder die Annahme eines westlichen Lebensstils - das traditionelle Recht zumindest teilweise als Personenrecht ausschließt, reicht bis in die koloniale Vergangenheit zurück.<sup>41</sup> Die Problematik wird dadurch besonders kompliziert, daß sich die Ablösung von den überkommenen Lebensformen meist allmählich und partiell vollzieht. Dies zeigt sich zum Beispiel an den in den Großstädten lebenden Migranten. In der ersten Generation unterhalten sie noch starke Beziehungen zu ihrer Heimatgemeinde, in die sie später einmal zurückzukehren beabsichtigen. Erst die zweite Generation fühlt sich als Städter und unterliegt zunehmend einer mit der Loslösung von den Traditionen einhergehenden Urbanisierung. Angesichts dieser allmählichen Umorientierung kann allein aus dem Bekenntnis zum Christentum oder der Heirat nach "modernem" Recht nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß sich der Betreffende dem traditionellen Recht generell nicht mehr unterstellt wissen will. Denn viele Kenianer bekennen sich heute zum christlichen Glauben und fühlen sich dennoch den Traditionen verbunden. So stellte *Bosire J.* in seinem Urteil fest, daß die auch von Otieno befolgten Beerdigungszeremonien der Luo eine Mischung aus autochthonen und christlichen Riten sind.<sup>42</sup> Demgemäß fand in der Vergangenheit die christliche Konfession für sich allein ebensowenig Anerkennung als entscheidendes Kriterium für die Bestimmung des Personenrechts wie ein westlicher Lebensstil oder die Heirat nach "modernem" Recht.<sup>43</sup>

Dennoch wurde die generelle oder partielle Loslösung vom traditionellen Recht (sogenanntes *opting out*) früher in weitem Umfang auch außerhalb der gesetzlichen Sonderbestimmungen als prinzipiell möglich angesehen. In den meisten zum *common law*-Rechtskreis zählenden Ländern Schwarzafrikas fanden sich Vorschriften, die einen Wechsel des Personenrechts anerkannten, wobei manche allein auf den Willen beziehungsweise die Lebensführung des Betroffenen abstellten.<sup>44</sup> In einigen Staaten sind diese Regelungen mittlerweile verschwunden, in anderen haben sie bis heute überlebt.<sup>45</sup> Auch in Kenia bestimmte bis zum Jahre 1968 s.5(1)(c) Interpretation and General Provisions Act, als "African" im Sinne des Gesetzes sei nicht anzusehen:

41 Vgl. insbesondere *Coleman v. Shang* (1959), G.L.R. 390 (401); *Smith v. Smith* (1924), N.L.R. 105 (107); *Jumbe v. Priscilla Nyondo* (1911/12), 5 K.L.R. 160.

42 Vgl. bei *Egan* (Anm. 2), S. 108.

43 Vgl. *Allott* (Anm. 16), S. 195 u. 211 ff. sowie *Coleman v. Shang* und *Smith v. Smith* in Anm. 41.

44 So in Uganda, Nordnigeria und Kenia; vgl. *Allott* (Anm. 16), S. 194 ff. In Nordnigeria bestand diese Möglichkeit auch hinsichtlich des Strafrechts; vgl. *Barbara Huber*, Das Recht der Tötungsdelikte in Nigeria unter vergleichender Einbeziehung verwandter Rechte Afrikas, Baden-Baden 1983, S. 55 ff.

45 In Ostafrika ist die Möglichkeit des "opting out" heute nur noch in Tansania ausdrücklich geregelt; vgl. s.9(2)(b) Judicature and General Application of Laws Ordinance i.V.m. s.2(1) Interpretation and General Clauses Ordinance und hierzu *Allott* (Anm. 16), S. 195. Die Schaffung einer Vorschrift, die auch auf den Willen des Betroffenen abstellt, fordert für Botswana *Sanders* (Anm. 13), S. 140.



"any person ... that is not living among the members of any African tribe or community in accordance with their customary mode of life."<sup>46</sup>

Aus der Aufhebung dieser Vorschrift kann nun nicht ohne weiteres geschlossen werden, ein "opting out" sei außerhalb der gesetzlich explizit vorgesehenen Fälle nicht möglich. Vielmehr besteht Einigkeit darüber, daß s.3(2) Judicature Act in beschränktem Umfang eine Wahl des maßgeblichen Rechts zuläßt:

"The ... courts shall be guided by African customary law ... so far as it is applicable ...".

Anwendbar (*applicable*) ist das traditionelle Recht dann nicht, wenn ein Rechtssubjekt sich in zulässiger Weise dem modernen Recht unterstellt hat. Anerkannt ist zum Beispiel, daß die Parteien bestimmen können, ob auf einen abzuschließenden Vertrag das traditionelle oder das moderne Recht zur Anwendung kommen soll.<sup>47</sup> Ebenso wurde von der Rechtsprechung wiederholt die Gültigkeit von Testamenten festgestellt, obwohl die jeweils einschlägigen traditionellen Gebräuche ein derartiges Institut nicht kannten.<sup>48</sup> Auch außerhalb der gesetzlichen Spezialregelungen besteht somit unbestritten die Möglichkeit zu einer partiellen Loslösung.

Dagegen läßt sich nicht mit Sicherheit sagen, ob es in Kenia nach wie vor zulässig ist, sich dem traditionellen Recht generell zu entziehen. *Bosire J.* hat zu diesem zentralen Problem nicht ausdrücklich Stellung genommen. Vielmehr setzte er sich unmittelbar mit der Frage auseinander, ob aus dem ermittelten Sachverhalt geschlossen werden könne, Otieno habe sich von der Herrschaft des traditionellen Rechts befreien wollen. Er verneinte dies mit dem Hinweis, der Verstorbene habe an mindestens drei in seiner Heimat abgehaltenen traditionellen Beerdigungszeremonien teilgenommen, die Ehefrauen seines verstorbenen Bruders finanziell unterstützt, für einen Sohn den Brautpreis bezahlt, einen Besitzanspruch auf Land nach traditionellem Recht geltend gemacht und der in Nairobi ansässigen Wohlfahrtsorganisation seines Klans angehört. Im Hinblick auf einen Zeitraum von mehr als 20 Jahren erscheinen diese wenigen Umstände jedoch relativ unbedeutend, und der aus ihnen abgeleitete Schluß, eine Loslösung von den überkommenen Lebensformen habe nicht stattgefunden, vermag kaum zu überzeugen. Dies gilt um so mehr, als zahlreiche Begebenheiten unberücksichtigt blieben, die in offenem Widerspruch zu den traditionellen Verhaltensformen der Luo standen: das für einen Mann mit dem Status Otienos unübliche Unterlassen, eine Heimstatt im traditionellen Sinn zu errichten; der Kauf von Häusern und Grundstücken außerhalb der Heimatgemeinde; der nach traditionellen Vorstellungen ausgeschlossene

<sup>46</sup> Vgl. bei *Allott* (Anm. 16), S. 194 f.

<sup>47</sup> *Wacker* (Anm. 17), S. 122 ff.; *Allott* (Anm. 16), S. 215 f.

<sup>48</sup> Vgl. ebd., S. 240. Zu beachten ist, daß in Kenia mittlerweile ein Law of Succession Act geschaffen wurde.



Erwerb von Grundeigentum gemeinschaftlich mit der Ehefrau; der fehlende Kontakt seiner Frau und seiner Kinder zu seinem Klan; schließlich die Wahl staatlichen, modernen Rechts für wichtige Bereiche des Personenrechts, wie Heirat, Scheidung und Erbrecht.

Demgegenüber verneinte der Court of Appeal kategorisch jede Möglichkeit zur Loslösung vom traditionellen Recht. Im Hinblick auf die gesetzlich vorgesehenen sowie die von der Rechtsprechung anerkannten Durchbrechungen der Herrschaft des traditionellen Rechts ging er damit offensichtlich zu weit. Die beabsichtigte Aussage wird jedoch durch weitere Ausführungen erhellt:

"It matters not that the deceased was a sophisticated, urbanised (person, d. Verf.) and had developed a different life-style. It seems to us quite unsustainable ... that a different formal education, and urban life-style can affect adherence to one's personal law."<sup>49</sup>

Die Feststellungen des Court of Appeal scheinen somit dahingehend zu verstehen zu sein, daß trotz der partiellen Durchbrechungen des traditionellen Rechts ein generelles "opting out" unzulässig ist. Als Luo geboren, blieb Otieno zeitlebens ein Luo und deren Recht verhaftet.

Mit dieser zentralen Aussage stieß der Court of Appeal auf ebensoviel Zustimmung wie Kritik. Auch wenn jede Seite gewichtige Argumente für sich hat, bleiben die Befürworter des Urteils die Erklärung einer paradoxen Konsequenz schuldig. Denn es ist nicht einsichtig, warum der Klan die Herrschaft über den toten Otieno wiedererlangte, nachdem es ihm weder rechtlich noch faktisch möglich gewesen war, ihn zu Lebzeiten an seiner räumlichen und kulturellen Distanzierung zu hindern oder den Abtrünnigen in den Schoß der Gemeinschaft und der Traditionen zurückzuzwingen.

#### 4. *Die repugnancy and inconsistency clause*

Gemäß s.3(2) Judicature Act ist das traditionelle Recht nur insoweit anwendbar:

"... as ... it is not repugnant to justice and morality of inconsistent with any written law."

Ein Eckpfeiler in der Argumentation der Klägerin war ihre Behauptung, das traditionelle Beerdigungsrecht der Luo widerspreche Gerechtigkeit und Moral. Obwohl einige ihrer Einwände durchaus beachtenswert erscheinen, stellte *Bosire J.* nur cursorisch fest, er könne in den ermittelten Gebräuchen keine Anhaltspunkte hierfür finden. Die überkommenen Riten würden heute zum großen Teil ohnehin nicht mehr vollzogen, und soweit sie obliga-

<sup>49</sup> Vgl. bei *Egan* (Anm. 2), S. 174.

torisch seien, handele es sich nur um unschuldige ("innocent") Bräuche. Im übrigen stehe es jedem Luo frei, sich der Geltung des traditionellen Rechts zu entziehen - freilich nur in Übereinstimmung mit diesem.

Die Entscheidung von *Bosire J.*, die der Court of Appeal bestätigte, wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, wie heikel die Anwendung der *repugnancy clause* im heutigen Kenia ist. Schon aufgrund ihrer Rolle während der Kolonialzeit ist sie völlig diskreditiert. Als konfliktträchtig erweist sich darüber hinaus der Umstand, daß "repugnant" - anders als "inconsistent" - sich nicht auf eine objektive Unvereinbarkeit bezieht, sondern eine moralische Wertung im Sinne von "widerwärtig, abstoßend" voraussetzt.<sup>50</sup> Die große Brisanz des Falles S. M. Otieno resultierte denn auch zu einem erheblichen Teil aus der Empörung der Luo, daß ihre Lebensführung, ihre Gebräuche und Traditionen einmal mehr Gegenstand einer moralischen Bewertung durch "Fremde" sein sollten. Zudem sind die Kriterien "justice" und "morality" in ihrem materiellen Gehalt weitgehend unbestimmt. Während der Kolonialzeit orientierten sich diese Begriffe wie selbstverständlich an den Wertvorstellungen der weißen Beamten. Zwar liegt auf der Hand, daß dieser Maßstab spätestens mit Erlangung der Unabhängigkeit ausgedient hatte. Offen bleibt jedoch, welche Grundnormen statt dessen maßgeblich sein sollen, wenn sich eine multikulturelle Gesellschaft ökonomisch, kulturell und sozial derart rapide entwickelt wie die kenianische. Schließlich stellt sich generell die Frage, welche Rolle der *repugnancy clause* neben der 1967 in Kraft getretenen Verfassung noch zukommt, denn deren Katalog der *fundamental rights and freedoms* macht sie überflüssig und die mit ihrer Anwendung verbundenen Probleme vermeidbar.

Zwar birgt die *inconsistency clause* erheblich weniger sozialen Sprengstoff als die *repugnancy clause*, doch stand sie in dem Rechtsstreit mindestens ebenso im Blickpunkt wie diese. Auf sie gründete die Klägerin ihr zunehmend in das Zentrum der Auseinandersetzung gerücktes Vorbringen, das traditionelle Recht der Luo diskriminiere die Frauen in unzulässiger Weise. *Bosire J.* und der Court of Appeal verwarfen diese Ansicht mit der Begründung, die Rolle der Frau in dem gesellschaftlichen Konzept der Luo verstoße schon deshalb nicht gegen das Diskriminierungsverbot der s.82(1) Constitution of Kenya, weil subs.(4)(b) diese Vorschrift für bestimmte Bereiche des Personenrechts, unter denen sie auch die Beerdigung aufführt, eine Ungleichbehandlung ausdrücklich zulasse. Dieses Ergebnis stieß in breiten Bevölkerungskreisen auf heftige Kritik. Aber auch juristisch scheint es durchaus angreifbar, denn die Aufzählung der Diskriminierungsgründe in subs.(3) umfaßt nicht das Geschlecht. Zwar erwähnt s.70 Constitution of Kenya, die als Einführungsvorschrift das Kapitel der *fundamental rights and freedoms* eröffnet, eine

50 Vgl. *Tredgold S.J. in Tabitha Chiduku v. Chidano* (1912-1922) S.R.L.R. 55; The standards set out in the repugnancy clause "should only apply to such customs as inherently impress us with some abhorrence or are obviously immoral in their incidence." Zitiert nach *Harvey* (Anm. 15), S. 523.

Ungleichbehandlung aus diesem Grund, verweist für ihre Anerkennung jedoch auf die speziellen Verfassungsbestimmungen; aus s.70 allein kann die Zulässigkeit einer Diskriminierung jedoch nicht hergeleitet werden.

Aus alledem wird ersichtlich, daß *Bosire J.* und der Court of Appeal das Einfallstor für das "moderne" Recht in den Herrschaftsbereich des traditionellen Rechts so weit wie möglich schließen wollten.

### III. Die hinter den Rechtsfragen stehenden soziokulturellen Sprengsätze

Den Nichtafrikaner mag es zunächst verwundern, daß sich an der Auseinandersetzung um die Bestattung eines Toten eine derart heftige Diskussion entzünden konnte. Tatsächlich ging es bei dem Rechtsstreit schon bald nicht mehr darum, wo Otieno zu bestatten ist und wer darüber zu bestimmen hat. Statt dessen dienten die Gerichtsverfahren als Anlaß und Gelegenheit, die seit langem schwelenden gesellschaftlichen Konflikte, die aus der Konkurrenz von traditionellen und "modernen", westlichen Lebensformen resultieren und den Großteil der Kenianer heute tief bewegen, endlich einmal öffentlich auszutragen. Überlagert und wesentlich verschärft wurde die Auseinandersetzung durch den Umstand, daß mit der Klägerin eine Kikuyu gegen die für die Luo sprechenden Beklagten stritt. Beide Ethnien stellen jedoch die mächtigsten und die sich am erbittertsten bekämpfenden Volksgruppen des durch den Tribalismus in hohem Maße destabilisierten Landes.

#### 1. Das Spannungsverhältnis von Tradition und Entwicklung

Spätestens seit Erlangung der Unabhängigkeit bildet das Verhältnis von Tradition und Modernität die zentrale Frage der gesellschaftlichen Entwicklung Kenias. In Sozietäten, die sich weitgehend autochthon entwickeln konnten, stehen Tradition und Fortschritt in einer kontinuierlichen zeitlichen Folge. Obwohl der Begriff des Fortschritts auch dort meist mit positiven Werturteilen verbunden ist, bezeichnet er zunächst nur eine Veränderung in Relation zur Vergangenheit. Dagegen wurde den afrikanischen Gemeinschaften während der Kolonialisierung ein völlig fremdes ökonomisches, politisches und kulturelles Konzept aufgezwungen und mit einem künstlichen zeitlichen Zusammenhang gekoppelt. Die kolonialen Herren werteten die traditionellen Kulturen als rückständig und primitiv ab und priesen die importierten westlichen Lebensformen als fortschrittlich und "modern". Im Bereich der Rechtspflege wurde diese Prämisse insbesondere in der *repugnancy clause* der s.3(2) Judicature Act institutionalisiert. Erstaunlicherweise hat in Kenia wie in den anderen schwarzafrikanischen Ländern die relativ kurze Zeit europäischer Durchdringung für eine Internalisierung jener Bewertung durch die Eliten ausgereicht. Allerdings ließ die Erfahrung dieser auch kulturellen Okkupation im Bewußtsein der Afrikaner tiefe Narben zurück.

Vor diesem Hintergrund tritt die paradoxe, jedoch spezifisch afrikanische Dimension der betrachteten Auseinandersetzung deutlich hervor. So war eine der Kernfragen des Rechtsstreits, ob das *common law*, dessen gemeinrechtliche Regelungen teilweise weit ins Mittelalter zurückreichen, als Bestandteil des "modernen" Rechts zur Anwendung kommen sollte oder das "traditionelle" afrikanische Recht, das heißt vergleichsweise junge Rechtsätze. Dieses Wertungsmuster beschränkt sich jedoch nicht auf den juristischen Bereich, wie das Argument eines der Rechtsanwälte der Klägerin verdeutlicht: Otieno sei ein fortschrittlicher Mann gewesen, denn er habe Shakespeare zitiert.<sup>51</sup> Die legalistische Frage, ob das traditionelle Recht einmal mehr hinter dem "modernen" zurückzustehen hat, erweist sich somit nur als Teilaspekt des umfassenderen Problems, ob Gesellschaft und staatliche Organe in Kenia sich zu einer "eigenen", afrikanischen Kultur oder zu westlicher Lebensart und westlichen Werten bekennen. Unter Verwendung der überkommenen Terminologie wurde dieser Widerstreit auf die Alternative "Fortschritt oder Tradition" verkürzt.

Die geschichtlich bedingte besondere Sensibilität der Kenianer in diesem Punkt verstellt jedoch nur allzu leicht den Blick dafür, daß der alte Streit traditionelles oder "modernes" Recht in vielen Fällen von der sozialen Realität überholt wurde. Die Fortführung der von den Kolonialherren eingeleiteten Entwicklungen hat mittlerweile ökonomische, politische, kulturelle und soziale Strukturen entstehen lassen, die für eine große Bevölkerungsschicht eine Orientierung an den traditionellen, präkolonialen Lebensformen ausschließen. So leben heute etwa 15 % aller Kenianer in den Städten oder deren Peripherie<sup>52</sup>, und bis zum Jahr 2000 wird sich ihre Zahl auf neun Millionen verdreifacht haben<sup>53</sup>. Allerdings bedeutet der Umstand, daß jemand im städtischen Raum lebt, nicht, daß er völlig urbanisiert und den Traditionen entfremdet ist. Gerade das Beispiel Otienos zeigt, daß die Städter der ersten Generation noch in beiden "Welten"<sup>54</sup> leben. Entsprechendes gilt für große Teile der Landbevölkerung, die heute in erheblichem Umfang modernen Einflüssen ausgesetzt ist. Da weder die westlichen noch die überkommenen Lebensweisen der sozialen Realität jener Kenianer entsprechen, hat die rapide und abrupte gesellschaftliche Umwälzung zu einer tiefgreifenden kulturellen und ethischen Verunsicherung und Orientierungslosigkeit geführt. Aus diesem Grund fühltesich auch ein derart großer Teil der Bevölkerung durch den Rechtsstreit persönlich betroffen. Viele mußte die von den Gerichten aufgezeigte Alternative zwischen einem traditionellen und einem "modernen" Leben jedoch unbefriedigt lassen, weil jenes *Entweder - oder* nur die Randbereiche eines sich zunehmend verbreiternden Spektrums sozialer Realität erfaßt. Häufig haben sich Lebensumstände und Wertvorstellungen von diesen Polen nämlich erheblich entfernt: Sie sind *nicht mehr* rein traditionell und *noch nicht* überwiegend westlich.

<sup>51</sup> Vgl. bei *Egan* (Anm. 2), S. 88.

<sup>52</sup> Statistisches Bundesamt, Länderbericht Kenia 1983, Stuttgart usw. 1983, S. 19.

<sup>53</sup> So der Permanent Secretary des Ministry of Local Government, *Daily Nation*, 4.7.1987.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *R. Mugo Gatheru*, *Child of Two Worlds*, London usw. 1966.

## 2. Rechtskollision und Wertekonflikt

Indem die Gerichte bei der Wahl zwischen dem "modernen" und dem traditionellen Recht stehenblieben und die als vorrangig erkannten Normen für ungemildert und universell anwendbar erklärten, bewirkten sie schnell eine Polarisierung der öffentlichen Meinung. Während sich die überwiegende Zahl der Luo mit den traditionellen Gebräuchen identifizierte, die von den für die Beklagtenseite auftretenden Zeugen berichtet wurden, ergriffen viele andere Kenianer die Partei der Witwe und bekannten sich zu den Aussagen des "modernen" Rechts. Das begrenzte juristische Problem der Kollision von Regelungen unterschiedlicher Rechtssysteme mündete so in ein frontales Aufeinanderprallen der hinter diesen stehenden kulturellen Konzepte. In den Mittelpunkt der allgemeinen Diskussion gerieten dabei vor allem die Bedeutung von Tod und Bestattung, die Rolle der Frau in Familie und Gesellschaft sowie das Verhältnis zwischen der traditionellen Autorität und dem Willen des Einzelnen. Diese Konfliktpunkte lassen sich auf zwei zentrale soziokulturelle Erscheinungen der kenianischen Gegenwart zurückführen. So äußert sich der zunehmende Verfall der überkommenen Werte und Sozialstrukturen zum einen in dem Verlassen ihrer religiös-sakralen Basis und zum anderen in der wachsenden Bedeutung des Individuums und der Kleinfamilie.

Obwohl der Streit um Ort und Art der Beisetzung Otienos nur Anlaß und nicht Kern der öffentlichen Diskussion war, darf die Bedeutung dieses Gegenstandes nicht unterschätzt werden. Für den Afrikaner handelt es sich bei der Bestattung nämlich nicht allein um eine Frage der Pietät, wie dies in der Regel für den Europäer der Fall sein wird. Vielmehr kommt dem Körper eines Toten in den animistischen Kulturen Schwarzafrikas eine ungleich größere Bedeutung zu als in den von anderen Religionen geprägten Wertesystemen. Während er etwa im Hinduismus als eine Illusion oder nach christlicher Überzeugung als "sterbliche Hülle" verstanden wird, die nach dem Tod zerfällt, ist in dem traditionellen Weltbild der Luo auch die geistige Existenz an den Körper gebunden. Nach ihrer Vorstellung durchläuft der Mensch verschiedene Stadien, ohne sich in seiner Substanz zu verändern. Die Übergänge von einer Daseinsform in eine andere sind dabei von sakraler Bedeutung: Geburt, Initiation, Heirat, Tod. Der Tod bewirkt somit keine Veränderung, sondern eine Wandlung, den Übergang in ein anderes Stadium der Existenz. Ebenso wie vor seiner Geburt lebt der Mensch auch nach seinem Tod als Geist physisch unter den Lebenden, den Toten und den noch zu Gebärenden.<sup>55</sup> Da mit dem Tod keine völlige Trennung von Körper und Geist erfolgt, ist der Körper des Verstorbenen und damit auch seine Beisetzung in den afrikanischen Kulturen von beträchtlicher Bedeutung.

<sup>55</sup> Vgl. etwa *Bernard Moleur*, *Identité et loi relative au domaine national sénégalais*, in: *Jahrbuch für Afrikanisches Recht*, Bd. 6, Heidelberg 1989, S. 165.

Der Glaube an die Toten beziehungsweise an die Geister erschöpft sich jedoch nicht in der passiven Anerkennung ihrer Existenz. Sein wesentlicher Kern liegt vielmehr in der Überzeugung, daß die Toten Macht über die Lebenden haben. Aus diesem Grund war der Streit um Art und Ort der Beerdigung Otienos für die Luo nicht nur von philosophischer Bedeutung. Denn während die Kenianer in wachsender Zahl von den traditionellen Formen der Bestattung abgehen, herrscht unter den in den ländlichen Gegenden lebenden Luo noch immer die Überzeugung, der Verstorbene werde seinen Klan heimsuchen, wenn man ihn nicht in Übereinstimmung mit den traditionellen Gebräuchen beerdigt.<sup>56</sup>

Es kann daher nicht verwundern, daß die Frage, ob ein Verstorbener gemäß den traditionellen Gebräuchen beigesetzt werden soll oder nicht, die kenianischen Gerichte immer wieder beschäftigte. Große Bedeutung erlangte insoweit die Entscheidung *James Apeli v. Prisca Buluku* aus dem Jahre 1980.<sup>57</sup> Eine lebhafte öffentliche Kontroverse hatte 1981 schon einmal der Streit um die sterbliche Hülle des ehemaligen Provincial Commissioner von Nairobi, John Mburu, ausgelöst.<sup>58</sup> Ein Jahr später stand in dem Rechtsstreit *Waundi v. Jemina* derselbe Sachverhalt wie im Fall S. M. Otieno zur Verhandlung, auch dort entschied der High Court zugunsten einer traditionellen Bestattung.<sup>59</sup> Schon im Juli 1987, einen Monat nach der Entscheidung des Court of Appeal in Sachen Otieno, hatte der High Court schließlich erneut über einen derartigen Rechtsstreit zu entscheiden.<sup>60</sup>

Die am heftigsten umkämpften Fragen des Rechtsstreits entsprangen jedoch einem anderen Grundproblem: dem sich wandelnden Verhältnis des Einzelnen zur traditionellen Lebensgemeinschaft. Über den Zeitraum der letzten drei Dekaden betrachtet läßt die kenianische Gesellschaft eine zunehmende Verschiebung von einer traditionell-gemeinschaftlichen zu einer modern-individuellen Orientierung erkennen. Hand in Hand mit diesem Prozeß geht eine entsprechende Veränderung der soziokulturellen Werte. Besonders deutlich wird dies in der Auseinandersetzung darüber, ob die Wohnstätte Otienos in Upper Matasia als seine Heimstatt im traditionellen Sinn anzusehen sei. Nach dem überkommenen Verständnis der Luo ist das Errichten einer *dala* keine persönliche, sondern eine Angelegenheit der Gemeinschaft. Das Verhalten Otienos und die soziale Realität Kenias zeigen jedoch, daß dieses Konzept heute mitunter schon durch eine den westlichen Vorstellungen angenäherte

<sup>56</sup> Von den zahlreichen Zeugenaussagen zu dieser Frage seien hier nur zwei zitiert: "If he is buried in Ngong, it would be like delivering his body to hyenas and a curse would befall the clan", *Egan* (Anm. 2), S. 54; "If a Luo is buried elsewhere other than back home he will haunt people", ebd., S. 70.

<sup>57</sup> Abgedruckt in *Cotran* (Anm. 9), S. 231 ff.

<sup>58</sup> *Carmelina Ngami Mburu v. Mary Nduta, Hellen Amoka and Medical Officer of Health Nairobi*, abgedruckt ebd., S. 237 ff.

<sup>59</sup> Die Entscheidungsgründe sind allerdings nicht bekannt; vgl. das Urteil von *Bosire J.* bei *Egan* (Anm. 2), S. 111.

<sup>60</sup> Vgl. *Daily Nation*, 24.06.1987, S. 32; 25.06.1987, S. 32.

Praxis ersetzt ist, für die nicht die Akzeptanz der Lebensgemeinschaft, sondern emotionale und damit individuelle Faktoren maßgeblich sind: Heimstatt oder Heimat einer Person ist der Ort, den *sie* zu ihrem Lebensmittelpunkt gewählt hat und an dem sie sich zuhause *fühlt*.

Die durch koloniale und postkoloniale Einflüsse ausgelöste Verselbständigung des Individuums gegenüber der ländlichen Gemeinschaft hat insbesondere dazu geführt, daß die Kleinfamilie in vielen Fällen zum primären persönlichen Bezugspunkt geworden ist und der Klan zunehmend an Bedeutung verliert. Dies erklärt, warum der Streit um den Begriff des "nächsten Verwandten" (*next of kin*) die Gemüter derart erhitzte. *Shields J.* sprach in seinem Urteil der Witwe den Körper des Verstorbenen mit der Begründung zu:

"... the custody of the remains of a deceased belongs to his personal representative or next of kin, and ... it is only her or she who has the *locus standi* to enforce the wishes of the deceased as to its place or manner of burial."<sup>61</sup>

Die Mitglieder des Klans waren nun nicht etwa nur deswegen aufgebracht, weil das Gericht ihnen das Recht verweigerte, einen der ihren zu bestatten. Vielmehr konnten sie es nicht verstehen und noch weniger billigen, daß die Witwe eine nähere Angehörige des Verstorbenen sein sollte als dessen Bruder.

Nach dem traditionellen Konzept der Luo basiert Verwandtschaft (*wat*) auf gemeinsamer Abstammung oder Heirat. Der weitere Kreis der *wat* umschließt einen Kern all' jener Angehöriger, die von einem gemeinsamen Ahnen abstammen (*anyuola*). Da die Luo eine patrilineare Ethnie sind, gehören sie zeitlebens der *anyuola* ihres Vaters an. Eine Frau wird durch Heirat nur in die *wat* ihres Ehemannes aufgenommen und bleibt Mitglied der *anyuola* ihres Vaters. Nach diesem Verständnis kann die Ehefrau somit nie eine nähere Angehörige ihres Mannes sein als ein Blutsverwandter.

Dieses Problem steht in engem Zusammenhang mit einer weiteren, kontrovers diskutierten Frage: Wer wird nach dem Tod eines verheirateten Mannes Oberhaupt der (Klein-)Familie, die Ehefrau oder der nächste Blutsverwandte? Die Klägerin vertrat die Ansicht, die Ehefrau nehme gegenüber dem Klan insoweit eine vorrangige Position ein. Demgegenüber stellte der Anwalt der Beklagten in seiner ersten Erklärung zu dem Urteil des Court of Appeal noch vor dem Gerichtsgebäude fest:

"The ruling goes a long way to confirm the fact that a woman cannot be the head of an African family."<sup>62</sup>

61 Vgl. bei *Egan* (Anm. 2), S. 6.

62 Ebd. S. 181.



Während der Beweisaufnahme hatte ein Zeuge die traditionelle Rolle der Frau noch deutlicher umschrieben:

"Under Kikuyu customary law, women have no rights on burial."

"Their role is just to place flowers on the grave."<sup>63</sup>

Diese gravierenden Wertekonflikte werfen eine allgemeine Frage auf, der hier nicht ausgewichen werden soll: Welchen Gültigkeitsanspruch kann das traditionelle Recht heute noch stellen? Für eine Antwort scheinen Entwicklung und Funktionsbedingungen des traditionellen Rechts die wesentlichen Ausgangspunkte zu sein. In seiner heutigen Bedeutung und Erscheinung ist es Erbe der kolonialen Epoche und durch den Gegensatz zum "modernen" Recht bestimmt. Während letzteres zunächst nur für die Nichtafrikaner und zur Regelung der für die imperiale Macht wichtigen Bereiche galt, fand das traditionelle Recht auf jene der Exekutive wenig bedeutsam erscheinenden Angelegenheiten Anwendung, die ausschließlich Afrikaner betrafen. Hierdurch sollten im Sinne des Konzepts der *indirect rule* Kosten und Konfliktpotential minimiert werden.<sup>64</sup> Traditionelles Recht bedeutet demnach nicht "altes", "orthodoxes", sondern "afrikanisches" im Gegensatz zu europäischem Recht.<sup>65</sup> Mittlerweile leben jedoch viele Kenianer nicht mehr in der hergebrachten Weise und haben in wachsendem Maße westliche Werte internalisiert, so daß sich die ehemals deutliche Grenze zwischen afrikanischen und westlichen Lebensformen und Vorstellungen für Teile der Bevölkerung zunehmend verwischt und die Wahl zwischen traditionellem und "modernem" Recht an Bedeutung verliert. Diese Entwicklung wirkt sich jedoch auch auf die Funktionsbedingungen des traditionellen Rechts aus. Seine Fähigkeit zur Konfliktlösung beruht auf der Verbundenheit und gegenseitigen Abhängigkeit in der ländlichen Gemeinschaft, deren Mitglieder unter weitgehend identischen sozialen, natürlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Bedingungen leben. In dem Maße, in dem sich diese Gegebenheiten im Zuge von Migration, Urbanisierung und intertribaler Verschmelzung differenzieren und voneinander abweichende Wertvorstellungen hervorbringen, muß der generelle Gültigkeitsanspruch eines überdies starr angewendeten traditionellen Rechts zu sozialen Spannungen führen.

Eine Antwort auf die eingangs gestellte Frage erfordert somit deren Neufassung: Das zentrale Problem ist heute nicht mehr, *ob* "modernes" oder traditionelles Recht zur Anwendung kommen soll, sondern *welches* traditionelle Recht gegebenenfalls einschlägig ist. Eine befriedigende Lösung ist jedoch nur zu erwarten, wenn die insoweit überholte Semantik aufgegeben wird: Traditionelles Recht kann und muß auch moderne Entwicklungen reflek-

<sup>63</sup> Vgl. ebd., S. 97.

<sup>64</sup> Vgl. J.B. Ojwang, *Rural Dispute Settlement in Kenya*, Z.L.J. 7-9 (1975-1977), S. 69.

<sup>65</sup> Vgl. zu diesem Problem Allott/Epstein/Gluckman (Anm. 26), S. 9.



tieren und gegebenenfalls vor kurzem entstandene Gebräuche umfassen.<sup>66</sup> Da es auf der allgemeinen Akzeptanz der betroffenen sozialen Gruppe basiert, bedarf es gegebenenfalls einer Differenzierung innerhalb derselben Ethnie entsprechend den jeweiligen Lebensumständen. Als Alternative zu diesem Weg bleibt nur die Rückkehr zur gesetzlichen Anerkennung der Möglichkeit des "opting out".

#### IV. Der Fall S. M. Otieno und die Zukunft des traditionellen Rechts in Kenia

Der Court of Appeal stellte in seinem Urteil ausdrücklich fest, daß er die Hierarchie der Rechtsquellen nicht neu ordnen wolle. Dennoch sind sich die Beobachter einig, daß seine Entscheidung richtungsweisend für die Zukunft des traditionellen Rechts ist.<sup>67</sup> Schon des längeren wird seine Rolle als das zentrale Problem im Entwicklungsprozeß der schwarzafrikanischen Rechtsordnungen angesehen.<sup>68</sup> Dabei entspricht es der allgemeinen Ansicht, daß die traditionellen Rechte der verschiedenen Ethnien einerseits und diese und das geschriebene Recht andererseits sich einander annähern und die ehemals deutlichen Unterschiede zunehmend verschwinden werden.<sup>69</sup> Der Rechtsstreit S. M. Otieno und die ihn begleitende Diskussion bestätigen diese Tendenz in zwei wesentlichen Punkten. Sie zeugen von der ungebrochenen Bedeutung und Vitalität des traditionellen Rechts, dem nach Erlangung der Unabhängigkeit ein rascher Niedergang prophezeit worden war.<sup>70</sup> Ebenso belegen sie, daß es in seiner überkommenen Form von den modernen Entwicklungen zunehmend in Frage gestellt wird und sich in Teilbereichen gar auf dem Rückzug befindet.

Demgegenüber war der Court of Appeal offenbar der Überzeugung, der Vereinheitlichungs- und Integrationsprozeß sei noch nicht sonderlich weit gediehen, hielt er doch an der klassischen Dichotomie traditionelles/"modernes" Recht fest. Zur Überwindung der daraus erwachsenden Konflikte regte er eine Kodifikation des Beerdigungsrechts an. Schon vor der Urteilsverkündung hatte eine Diskussion darüber eingesetzt, ob dies notwendig und sinnvoll sei. Die Mehrzahl der Juristen und der Vorsitzende der Law Society of Kenya sprachen sich gegen ein solches Vorhaben aus, da die Bevölkerung noch nicht darauf

<sup>66</sup> Vgl. *Mandan J.* in *Re Kibiego*, 1972 E.A. 179: "It would be going back to a medieval conception to cling to a tribal custom ... which is obviously unsuited to the progressive society of Kenya in this year of grace. A legal system ought to be able to march with the changing conditions fitting itself into the aspirations of the people which it is supposed to safeguard and serve."

<sup>67</sup> So z.B. *Cotran* (Anm. 9), S. viii.

<sup>68</sup> *A.N. Allott*, Customary Law: Its Place and Meaning in Contemporary African Legal Systems, *J.A.L.* 9 (1965), S. 82.

<sup>69</sup> Vgl. *Eugene Cotran*, The Place and Future of Customary Law in East Africa, in: *British Institute of International and Comparative Law, East African Law Today*, London 1966, S. 91 f.; *Allott/Epstein/Gluckman* (Anm. 26), S. 14.

<sup>70</sup> *A.N. Allott*, Introduction, in: *Cotran* (Anm. 9), S. xii.

vorbereitet sei und derartige Konflikte überdies selten vorkämen. Dagegen fand es in Präsident Moi einen einflußreichen Fürsprecher. Er begründete seine Ansicht vor allem damit, daß nur auf diesem Weg eine geeinte Gesellschaft geschaffen und ihre tribalistische Zersplitterung überwunden werden könne.<sup>71</sup> Über eine Realisierung des Projekts ist bisher allerdings nichts bekannt geworden.

Da ein Eingreifen des Gesetzgebers kaum wahrscheinlich ist, werden die vom Court of Appeal getroffenen Feststellungen Anwendung und Entwicklung des traditionellen Rechts bis auf weiteres bestimmen. Somit ist von einer gestärkten Position des traditionellen Rechts gegenüber dem *common law* sowie von einer Bevorzugung der überkommenen Lebensformen und der Zurückdrängung "moderner", westlich geprägter Entwicklungstendenzen auszugehen. Andererseits mahnte das Gericht in seinen Schlußbetrachtungen, das traditionelle Recht werde die ihm zuerkannte Rolle in der kenianischen Rechtswirklichkeit nur dann behaupten können, wenn es mit den soziokulturellen Veränderungen schritthalte:

"The elders, who are the custodians of African customary law, assisted by the intelligentsia, by the church and other organisations owe it to themselves and to their communities to ensure that customary law keeps abreast with positive modern trends so as to make it possible for the courts to be guided by customary laws."<sup>72</sup>

Im Fall S. M. Otieno wolle der Court of Appeal von dieser "Notbremse" - noch - keinen Gebrauch machen. In der Zukunft könnte sie jedoch zu zentrale Vorfrage für die Anwendung traditionellen Rechts werden.

<sup>71</sup> Daily Nation, 6.07.1987, S. 1.

<sup>72</sup> Vgl. bei Egan (Anm. 2), S. 178.

## ABSTRACTS

### **Internal Norms of Conflict of Laws and Traditional Law versus Cultural Change: "The Case" S. M. Otieno**

*By Ralph Schuhmann*

In 1987 public discussion in Kenya was dominated by the legal dispute about the body of a dead man: The S.M. Otieno Case. The events once more demonstrated the importance of death and burial in traditional African society. They also highlighted the dynamics of African law and its social bases. African communities are increasingly becoming secularized and are moving towards an individualistic society in which the authority of family and clan is under decline. Even the role of the woman in society is beginning to move towards Western concepts. Finally, the well guarded dogma from colonial days Western = modern and traditional = primitive is increasingly being questioned. Such social dynamics challenge the established (Western) system of personal law: Does Western law always prevail over traditional law? Which meaning does repugnancy clause have today? How has traditional law to be determined? Is there any possibility of opting out of customary law? Personal law in Kenya has to find answers to these questions which are in line with social reality. Otherwise it will meet the fate of other African legal concepts and cease to have any relevance within the social context.

### **The Judiciary and Human Rights in Tanzania: Domestic Application of International Human Rights Norms**

*By Palamagamba John Kabudi*

Since the Tanzanian Bill of Rights became justiciable on 1st March, 1988, after the expiry of the suspension period, the courts in Tanzania have positively resorted to applying human rights standards enunciated in the International Bill of Rights and other international and regional conventions, in interpreting the Bill of Rights. The Judges in the High Court and the Court of Appeal have applied with ingenuity a provision in an unjusticiable part of the Constitution declaring Fundamental Objectives and Directive Principles of State Policy, to apply international human rights norms in interpreting the Bill of Rights. Article 9 (1) (f) of the Constitution of the United Republic of Tanzania, 1977 obliges the state authority and its