It is this story of clan-style party politics which, as a necessary backdrop to the account of corrupt practices and efforts to contain them, illustrates how elements of the political system in Japan are in fact often markedly different from their Western counterparts in spite of like-sounding labels.

Wolfgang Kessler

Edzard A. Schmidt-Jortzig
Die Stellung der Traditional Leaders in der Neuen Südafrikanischen Verfassung
Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung deutscher Verfassungsdogmatik
Nomos-Verlag, Baden-Baden, 1998, 249 S., DM 78,--

E.A. Schmidt-Jortzigs Arbeit "Die Stellung der Traditional Leaders in der Neuen Südafrikanischen Verfassung" ist bereits der vierte Band der erst seit kurzem von Nomos ausgelegten Schriftenreihe "Recht und Verfassung in Südafrika". Die Arbeit setzt sich mit dem Problem auseinander, wie die Verfassung die Existenz zweiter unterschiedlicher, sich teilweise widersprechender Rechtsordnungen in Südafrika regelt. Sowohl die Übergangsverfassung aus dem Jahr 1994 als auch die (endgültige) Verfassung aus dem Jahr 1996 erkennt *Traditional Leaders* als Institutionen an. *Traditional Leaders* sind die mehr als 800 Häuptlinge und Könige der zahlreichen Stämme und Völker Südafrikas. Sie verkörpern die unterschiedlichen Stammesgewohnheitsrechte und -bräuche (*customary law*), die in den etwa 1.500 gesetzlich anerkannten *Traditional Courts* angewandt und von einem Teil der schwarzen, zumeist ländlichen Bevölkerung noch immer respektiert und gelebt werden. Wie läßt sich dieses vorkonstitutionelle, teils durch Gesetze beeinflußte, teils vorstaatliche Recht mit den von modernen Staatstheorien geprägten Verfassungen Südafrikas vereinbaren? Welche Rolle können die Repräsentanten solcher politischen und rechtlichen Systeme in einem Verfassungsstaat westlicher Prägung noch spielen? Allgemein gefaßt: Wie rücksichtsvoll muß und kann ein erneuerndes Gesetz mit Normen und Traditionen wie etwa der strukturellen Ungleichbehandlung von Frauen umgehen, die in einigen Rechtsgemeinschaften des Landes bestehen und die gerade durch die Verfassung abgeschafft werden sollen?
Wie bereits zuvor in vielen anderen afrikanischen Staaten, stellten sich auch in Südafrika solche Fragen bei der Ausarbeitung der beiden Verfassungen aus den Jahren 1994 und 1996. Im Ergebnis einigte man sich auf eine grundsätzliche Anerkennung der *Traditional Leaders* und des "*customary law*", ohne jedoch auf eine Bindung an die Verfassung zu verzichten. Die zentrale Norm in der (endgültigen) Verfassung ist Section 211. Schmidt-Jortzig nähert sich denn auch dem Problem des Miteinander mehrerer Rechtsordnungen unter dem gemeinsamen Dach der Verfassung anhand dieser Vorschrift. Dabei hat er eine

https://doi.org/10.5771/0506-7286-1999-2-268 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

äußerst schwierige Aufgabe zu erfüllen, da der Verfassungsgesetzgeber mit Section 211 eine höchst komplexe Norm geschaffen hat. Section 211 (1) der Verfassung (VF) lautet wie folgt: "The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognised, subject to the Constitution." Die Verfassung erkennt also die Institution, den Status und die Rolle der *Traditional Leaders*, wie sie sich im Stammesgewohnheitsrecht darstellt ("... according to customary law ..."), an ("... are recognised ..."), jedoch nur innerhalb des verfassungsmäßigen Rahmens ("... subject to the Constitution"). Problematisch ist diese Regelung deshalb, weil der (scheinbar) endogenen Definition der Stellung von *Traditional Leaders* durch das jeweilige Stammesgewohnheitsrecht die exogene Beschränkung durch die Verfassung als abschließendes Korrektiv entgegengestellt wird. Da das Stammesgewohnheitsrecht teilweise mit der Verfassung in Konflikt steht, erscheint jedoch eine Bestimmung der *Traditional Leaders* aufgrund des traditionellen, vorkonstitutionellen Stammesgewohnheitsrechts unmöglich. Vielmehr muß zunächst das Stammesgewohnheitsrecht in Einklang mit der Verfassung gebracht werden, bevor man die Institution, den Status und die Rolle des *Traditional Leaders* (neu) definieren kann. Erst dann folgt die weitere Prüfung, ob die konkrete Stellung der *Traditional Leaders* verfassungsgemäß, d.h. grundrechtskonform ist und mit den staatsorganisatorischen Prinzipien übereinstimmt (S. 90 f.). Schmidt-Jortzig stellt zunächst abrißartig die Stellung der *Traditional Leaders* in der Geschichte Südafrikas dar. Er hebt im zweiten Abschnitt (S. 37-65) zu Recht hervor, daß die Stammeshäuptlinge und Könige seit der Kolonialisierung der Kap-Provinz in immer stärkerem Ausmaß im Interesse der weißen Minorität institutionalisiert wurden. Ihren Höhepunkt erreichte diese Entwicklung in der Apartheid-Zeit.

Im dritten Abschnitt (S. 66 ff.) legt der Autor die Begriffe "Institution, Status und Rolle" aus, um bestimmen zu können, in welchem Umfang die Verfassung die *Traditional Leaders* anerkennt. Eine umfassende Prüfung wird dadurch erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht, daß "Institution, Status und Rolle" der *Traditional Leaders* laut Section 211 VF aus dem (jeweiligen) Stammesgewohnheitsrecht zu bestimmen sind. Hier steht der Autor vor einem unlösbaren Problem: An sich müßte die Stellung jedes einzelnen Stammesführers aufgrund der verschiedenen in Südafrika existierenden Stammesgewohnheitsrechte definiert werden, die sich je nach Organisationsgrad und Lebensweise der einzelnen Stämme unterscheiden. Eine solche Analyse hätte jedoch nicht nur den Umfang der Untersuchung gesprengt, sondern ist derzeit objektiv unmöglich, da die Erforschung der südafrikanischen Stammesrechtsordnungen trotz einer Renaissance dieses Forschungszweigs bislang nur lückenhaft ist. Schmidt-Jortzig konzentriert sich daher zu Recht auf solche grundlegenden Kompetenzen der *Traditional Leaders*, von denen anzunehmen ist, daß sie allen traditionellen Rechtsordnungen Südafrikas gemein sind. Hierzu definiert er zunächst den Begriff "*customary law*" und arbeitet sauber die grundlegenden Unterschiede zum modernen staatlichen Recht heraus: (Stammes-) Gewohnheitsrecht ist ungeschrieben, territorial inhomogen und aufgrund der (idealtypischen) Rezeption neuen Rechts aus dem zur Norm gewordenen Verhalten der Rechtsgemeinschaft ständigem Wandel unterlegen (S. 70-79). Im Anschluß stellt Schmidt-Jortzig die einzelnen Befugnisse der *Traditional*

https://doi.org/10.5771/0506-7286-1999-2-268 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Leaders dar, die von der Landverteilung zur Nutzung des Gemeinschaftseigentums über die Organisation gemeinschaftlicher Aufgaben des Stammes bis hin zur Rechtsprechung reichen (S. 80-89). Der Autor kommt zu dem Ergebnis, der *Traditional Leader* stelle theoretisch "eine quasi 'heilige' Institution im System der Stammesgemeinschaft dar" und sei "unbeschränkter und unbestrittener Herrscher in allen wichtigen Fragen". Seine tatsächliche Macht reduziere sich jedoch vor allem auf die Verwaltung öffentlicher Ressourcen – wie etwa des Bodens–, auf richterliche und rituelle Tätigkeiten sowie im modernen "*customary law*" auf die Durchführung kommunaler Aufgaben (S. 89). An dieser Stelle möchte man den aufschlußreichen Ausführungen des Autors hinzufügen, daß die grundsätzlich uneingeschränkte Machtfülle der Häuptlinge und Könige jedenfalls in solchen vorstaatlichen Gemeinschaften, in denen kein Repressionsapparat zur Verfügung steht, durch die Gefolgsamkeit des Stammes beschränkt und in der Regel aufgrund ausgeprägter Diskurs- und Verhandlungssysteme vor dem Abgleiten in eine Willkürherrschaft geschützt wurde.

Schmidt-Jortzig befaßt sich anschließend mit den verfassungsrechtlichen Einschränkungen der Stellung der *Traditional Leaders*, die zum einen durch ihre Grundrechtsbindung und zum anderen durch staatsorganisationsrechtliche Vorgaben bedingt sind. Sie sind an die Grundrechte gebunden (S. 95-98), womit sie in Ausübung ihrer Machtbefugnisse u.a. an den Gleichheitssatz, verfassungsrechtlich garantierte Verwaltungs- und Gerichtsverfahrensrechte sowie Freiheitsrechte gebunden sind (S. 98-105). Der Autor stellt dar, inwiefern die Grundsätze des Stammesgewohnheitsrechts mit den einzelnen Grundrechten kollidieren, wobei er sich auf die rechtliche Stellung der Frauen, das Ehe- und Erbrecht, den Schutz von Kindern und das Immobiliarsachenrecht konzentriert (S. 110-119). In der Analyse der Grundrechte geht Schmidt-Jortzig auf die Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts nur partiell ein. So bleiben etwa die grundlegenden Entscheidungen zum Gleichheitssatz, *Hugo* und *Prinsloo*, und die bislang einzige Entscheidung zur Drittwirkung von Grundrechten, *Du Plessis*, unerwähnt. Der Autor kommt zu dem Ergebnis, daß die Neuverteilung von Bodennutzungsrechten durch *Traditional Leaders* nicht in das Grundrecht der Stammesangehörigen auf Eigentum eingreifen könne, da solche Nutzungsrechte nicht in den Schutzbereich von Section 25 VF fielen. Unerwähnt bleibt die in Südafrika vorherrschende Meinung, daß der Schutzbereich von Section 25 VF weit auszulegen sei und insbesondere auch Eigentum im Sinne der Stammesgewohnheitsrechte einbeziehe.

Die möglichen Konflikte zwischen der Stellung der *Traditional Leaders* nach dem Stammesgewohnheitsrecht und den staatsorganisationsrechtlichen Prinzipien der Verfassung werden von Schmidt-Jortzig sehr gründlich herausgearbeitet. Im Vordergrund steht die Frage, ob die Bekleidung des Richteramtes, die Tätigkeit als Exekutivorgan und die Mitgliedschaft in beratenden Legislativorganen durch den *Traditional Leader* mit dem Prinzip der Gewaltenteilung zu vereinbaren ist (S. 121-125). Ferner fragt sich der Autor, ob die Amtserlangung durch Erbfolge gegen das Demokratieprinzip verstößt und bejaht dies (S. 126-130). Auch die Ämterhäufung widerspricht nach Auffassung Schmidt-Jortzigs vordergründig der Verfassung. Das südafrikanische Verfassungsgericht erkenne zwar an, daß das Prinzip der Gewaltenteilung nicht absolut sei, so daß die Verbindung von Exekutiv- und

https://doi.org/10.5771/0506-7286-1999-2-268 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Legislativaufgaben in einer Person nicht die Verfassung verletze. Der Autor behauptet jedoch recht knapp, daß *Traditional Leaders* nicht auch noch das Richteramt bekleiden dürfen. Hiergegen spreche insbesondere das in Section 165 VF normierte und vom Verfassungsgericht als grundlegend eingestufte Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit und Überparteilichkeit (S. 122-125). Abschließend stellt der Autor in Anbetracht dieser gravierenden verfassungsrechtlichen Beschränkungen der vorkonstitutionellen Kompetenzen der *Traditional Leaders* fest, "daß die Anerkennung in Section 211 (1) NV – zunächst – wenig von der überkommenen Ausstattung übrigläßt" und daß Stammesführer – weil an die Grundrechte gebunden – "sogar zur Förderung der Abschaffung großer Teile des privaten 'customary law' gezwungen" seien (S. 135). Im Ergebnis laufe die grundsätzliche Anerkennung der *Traditional Leaders* ins Leere, da sie durch die Grundrechte und staatsorganisatorischen Prinzipien der Verfassung ausgehöhlt wird.

Folgerichtig betrachtet Schmidt-Jortzig im nächsten Abschnitt, ob die beschriebenen Konflikte zwischen der verfassungsgemäßen Stellung der *Traditional Leaders* und dem Grundrechtsschutz der Stammesangehörigen bzw. den staatsorganisatorischen Prinzipien der Verfassung durch "Schranken-Schranken" jedenfalls partiell zugunsten der *Traditional Leaders* entschieden werden können. Hinsichtlich des Grundrechtsschutzes der Stammesangehörigen verweist der Autor auf die ausnahmslose Geltung der Grundrechte (siehe auch das südafrikanische Verfassungsgericht in seiner ersten *Certification*-Entscheidung, para. 191). Bezüglich der staatsorganisatorischen Prinzipien bieten sich als "Schranken-Schranken" nach Schmidt-Jortzig kulturelle Grundrechte der Stammesangehörigen an, auf die sich indirekt auch die Häuptlinge und Könige als deren Repräsentanten berufen können (S. 136-146). Ergänzend führt der Autor die deutsche Lehre von der institutionellen Garantie in das südafrikanische Recht ein, wodurch der Kerngehalt der Institution traditioneller Stammesherrschaft den Rang eines Verfassungsprinzips erhält, obwohl er in der Verfassung nicht explizit als solcher anerkannt ist (S. 146-155). Zu dem dergestalt geschützten Kerngehalt zählt Schmidt-Jortzig die Autorität der *Traditional Leaders*, aus der folge, daß sie einen ausreichenden Umfang an Kompetenzen beibehalten müßten. Zweitens sei nur "*leader*", wer in gewissem Umfang selbständig, d.h. weisungsfrei handeln dürfe, was gegen eine Fachaufsicht übergeordneter Stellen spricht. Drittens gehöre zum Kernbereich die Richtertätigkeit der *Traditional Leaders* und viertens die Vererbbarkeit des Amtes (S. 158 f.).

Das Ergebnis, zu dem der Autor gelangt, vermag zu überzeugen. Section 211 VF wäre wenig mehr als eine inhaltsleere Anerkennung der Institution, des Status und der Rolle der Stammeshäuptlinge und Könige Südafrikas, wenn nicht die vom Autor zum Kerngehalt der Institution der Stammesführerschaft gezählten Funktionen bestehen blieben. Ob Schmidt-Jortzig jedoch das Institut der institutionellen Garantie bemühen muß, um zu diesem Ergebnis zu kommen, ist fraglich. Zum einen ist bei der Transponierung von Rechtsfiguren und -instituten in eine fremde Rechtsordnung höchste Vorsicht geboten. Das Rechtsstaatsprinzip etwa wird vom südafrikanischen Verfassungsgericht als Begriff auf Deutsch zitiert und hat aus diesem Grund seinen Platz im südafrikanischen Verfassungsrecht. Für die Lehre der institutionellen Garantie läßt sich eine ähnliche Anerkennung jedoch nicht nach-

https://doi.org/10.5771/0506-7286-1999-2-268 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weisen. Der Autor führt zwar aus, daß Section 211 VF die Aushöhlung der Stellung der *Traditional Leaders* normiere und daher ein Tatbestand vorläge, auf den die Lehre der institutionellen Garantie zugeschnitten sei. Zu diesem Ergebnis kommt er jedoch nur, weil er dem südafrikanischen Verfassungsgericht in einer Fußnote eine irrige Verfassungsauslegung unterstellt (S. 147, Fn. 723), ohne auf die umfassende Prüfung des Gerichts in dessen erster *Certification*-Entscheidung näher einzugehen. Der Autor erörtert deshalb nicht, ob man eventuell auch ohne die "importierte" Lehre zu den von ihm erzielten Ergebnissen kommen kann. Beispielsweise wies das südafrikanische Verfassungsgericht in seiner ersten *Certification*-Entscheidung darauf hin, daß der Verfassungsgesetzgeber der besonderen Stellung der *Traditional Leaders* innerhalb des demokratischen Staatswesens Rechnung getragen hat (para. 195 f.). Hieraus könnte man folgern, daß Section 211 VF die Vererbbarkeit des Amtes der *Traditional Leaders* als *lex specialis* zum Demokratieprinzip schützt. Auch das Problem der Ämterhäufung läßt sich vielleicht durch einfache Gesetzesauslegung lösen. Schmidt-Jortzig meint, daß eine Person ihre judikativen Aufgaben wegen des Prinzips der Unabhängigkeit des Richters nicht mit weiteren Legislativ- und Exekutivaufgaben verknüpfen dürfe. Ungeklärt bleibt jedoch, ob *Traditional Leaders* nicht schon deshalb unabhängig sind, weil sie nicht gewählt werden und somit niemandem verpflichtet sind.

Im vierten Abschnitt der Arbeit befaßt sich Schmidt-Jortzig mit den Legislativaufgaben der *Traditional Leaders* in den auf Provinzebene angesiedelten *Houses of Traditional Leaders* und den auf nationaler Ebene bestehenden *Council of Traditional Leaders* (S. 162-170). Der Autor beschreibt die Aufgaben beider Legislativorgane, die aufgrund der Übergangsverfassung und des Council of Traditional Leaders Act (No. 10 of 1997) lediglich beratende Funktion haben bzw. Gesetzesinitiativen einbringen dürfen. Der Autor hält diese Aufgaben unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung nicht mit dem Richteramt von *Traditional Leaders* vereinbar (S. 165 f.). Die beratenden Aufgaben in den *Houses* üben die *Traditional Leaders* aufgrund einer Norm der Übergangsverfassung aus. Da die neue Verfassung diese Norm lediglich als einfaches Recht fortbestehen lasse und sie dem Prinzip der Gewaltenteilung widerspreche, folgert Schmidt-Jortzig die Verfassungswidrigkeit einer Mitgliedschaft in den Legislativorganen und der Richtertätigkeit der *Traditional Leaders* (S. 169). Der Wortlaut der vom Autor herangezogenen Section 2 (1), (2) (a) der *Schedule* 6 der Verfassung gibt eine solche Auslegung allerdings nicht her; zudem bleibt Section 10 der *Schedule* unerwähnt, der speziell die Stellung der Provinzlegislativen nach Inkrafttreten der Verfassung regelt.

Im abschließenden fünften Abschnitt stellt der Autor den recht komplizierten föderalen Staatsaufbau Südafrikas übersichtlich dar und behandelt die Stellung der *Traditional Leaders* innerhalb dieses Systems (S. 171-205). Unter Rückgriff auf die Lehre der institutionellen Garantie meint er, daß der einfache Gesetzgeber insbesondere darauf achten müsse, *Traditional Leaders* nicht in die "Weisungspyramide der Verwaltung" einzubeziehen. Um eine demokratische Legitimation der Stammeshäuptlinge und Könige zu erreichen, schlägt Schmidt-Jortzig vor, *Traditional Leaders* sollten ernannt werden, nachdem geprüft wurde, ob ihre Position immer noch zu Recht aus dem jeweiligen Stammesgewohn-

https://doi.org/10.5771/0506-7286-1999-2-268 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heitsrecht abgeleitet werden könne (S. 203). Diese Anregung ist insbesondere vor dem Hintergrund zu begrüßen, daß die staatliche Zentralgewalt in der Vergangenheit aus politischen Gründen in die Besetzung von Stammesämtern eingegriffen hat. Nicht nur vereinzelt wurden Häuptling oder König durch die südafrikanische Regierung bestimmt, teils unter Mißachtung der Erbfolge, so daß einige *Traditional Leaders* unter Verletzung des traditionellen Rechts berufen wurden. Neben anderen Faktoren, die zu der Erosion von Stammesordnungen beitragen, wie etwa der Entzug traditioneller Siedlungsräume, der Einzug einer kapitalistischen Geldwirtschaft und die Verbreitung westlicher Werte, trug die aktive Personalpolitik Pretorias nicht unwesentlich dazu bei, die Akzeptanz der *Traditional Leaders* und damit auch des Stammesgewohnheitsrechts innerhalb der Stammesgemeinschaft zu untergraben.

Die Beschwerde des ANC, der die Verfassungswidrigkeit der *ex officio*-Mitgliedschaft von *Traditional Leaders* in den Kommunalvertretungen festgestellt haben wollte, wurde vom Natal High Court (African National Congress and Another v Minister of Local Government and Housing and Others 1977 (3) BCLR 295 (N)) und später vom Verfassungsgericht (CCT 19/97, 24. März 1998) wohl erst nach Abschluß der Arbeit entschieden und konnte deshalb keine Erwähnung finden. O'Regan J wies die Beschwerde zurück und erklärte, daß die übergangsweise Mitgliedschaft der *Traditional Leaders* in den Kommunalvertretungen nicht gegen Section 182 ÜV verstoße.

Die Arbeit von Schmidt-Jortzig befaßt sich mit einem aktuellen und für den politischen Frieden in Südafrika sehr wichtigen Thema. Sie ist klar strukturiert und dadurch leicht zu lesen, geht auf die Rechtsprechung des südafrikanischen Verfassungsgerichts jedoch nicht in ausreichendem Maße ein. Dennoch ist die Arbeit ein wertvoller Beitrag zur Diskussion des südafrikanischen Verfassungsrechts und des Problems, in welchem Maße eine Mehrzahl von Rechtssystemen und deren Repräsentanten unter einer modernen Verfassung mit allgemeinem Geltungsanspruch fortbestehen können.

Felix Oelkers

Eva M. K. Häußling
Soziale Grundrechte in der portugiesischen Verfassung von 1976
Verfassung und soziale Wirklichkeit
Beiträge zum ausländischen und vergleichenden öffentlichen Recht, Bd. 10
Nomos Verlagsanstalt, Baden-Baden, 1997, 279 S., DM 78,--

Mit den in den Art. 58 bis 79 gewährleisteten "wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten und Pflichten" verfügt die portugiesische Verfassung von 1976 im europäischen Vergleich jedenfalls quantitativ über den umfangreichsten Katalog sozialer Grundrechte.

https://doi.org/10.5771/0506-7286-1999-2-268 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY