

*Rechtspluralismus in Afrika:
Customary Law / Tribal Law
vs. Common Law / Civil Law*

Christine Maisel-Schulz
Mat. Nr. 9207862
E-Mail: a9207862@unet.univie.ac.at
christine.maisel@usa.net
homepage: <http://www.unet.univie.ac.at/~a9207862/>

Wien, am 17. Januar 2002

Inhaltsverzeichnis

1. EINLEITUNG	3
2. TERMINOLOGIE VON "RECHT", "RECHTSPLURALISMUS", "COMMON LAW" "CUSTOMARY LAW" UND „CIVIL LAW“	4
3. DIE KULTURELLE ENTWICKLUNG VON RECHTSSYSTEMEN	7
4. DIE GESCHICHTE DER ERFORSCHUNG INDIGENER RECHTSSYSTEME	9
5. DIE ABGRENZUNG ZWISCHEN DEN RECHTSSYSTEMEN	12
5.1. ETHNIZITÄT UND CUSTOMARY LAW	12
5.2. KONFLIKT ZWISCHEN DEN RECHTSSYSTEMEN	13
6. DIE VERBREITUNG VON CUSTOMARY LAW	14
7. FALLBEISPIEL BOTSWANA	16
7.1. DIE POLITISCHEN RAHMENBEDINGUNGEN IN BOTSWANA.....	16
7.2. DIE ROLLE DER CHIEFS	17
7.3. POWER OF KGOTLA	18
7.4. ZUSTÄNDIGKEIT NACH CUSTOMARY LAW	18
7.5. BERUFUNG	18
7.6. PRÜFUNGSINSTANZ	19
7.7. URTEILSVOLLSTRECKUNG.....	19
7.8. KONFLIKTPOTENTIALE	19
8. CONCLUSIO.....	21
BIBLIOGRAPHIE	22
URLGRAPHIE	24

1. Einleitung

Beim Studium der Rechtsanthropologie konnte ich feststellen, dass es wesentliche regionale Unterschiede in den rechtlichen Anwendungen gibt und dass Rechtspluralismus weit verbreitet ist. Ich nehme daher das Seminar aus Philosophie "Menschenrecht im Kulturvergleich" zum Anlass, dieses spannende Thema etwas genauer zu betrachten.

In den Americas ist heute indigenes Recht auf kleine lokale Ethnien beschränkt oder im Falle Nordamerikas auf Reservationen der verschiedenen ethnischen Gruppen. In Süd- und Mittelamerika ist die Anerkennung indigenen Rechts von Land zu Land verschieden und in der Verfassung der einzelnen Staaten finden sie wenig bis keine Erwähnung.

Dem gegenüber stehen verschiedene Staaten Afrikas, wo Rechtspluralismus in den meisten Staaten geübte Praxis darstellt. Eine tabellarische Übersicht findet sich in Kap. 6 in welchen Ländern neben dem jeweiligen Recht des Staates auch ein tribales Gewohnheitsrecht angewendet wird.

In den Americas war es vorwiegend Ende des 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jhdts, dass staatliche Rechtssysteme, vorwiegend von europäischen Rechtssystemen abgeleitet, eingeführt wurden und indigenes Recht überlagert, bzw. zurückgedrängt hat, während in den meisten Staaten Afrikas erst im Zuge der Kolonisierung (ab 1885) der Eigentumsbegriff im europäischen Verständnis und damit verbunden sich das europäische Recht etabliert hat. Parallel dazu blieb jedoch indigenes Gewohnheitsrecht, bekannt als "Customary Law" bestehen. Am Beispiel Botswana werde ich versuchen, das Nebeneinander zweier Rechtssysteme verständlich zu machen.

Dass es auch Kritiken dazu gibt und es zu Konflikten in diesen multiplen Rechtssystemen kommen kann, werde ich ebenfalls beleuchten. Zu Beginn der Arbeit steht jedoch die Erklärung der einzelnen Begriffe im "Rechtspluralismus".

2. Terminologie von "Recht", "Rechtspluralismus", "common law" "customary law" und „civil law“

Die Terminologie von "Recht" ist in der Literatur sehr unterschiedlich definiert, so schreibt z. B. Franz Robert VIVÉLO im Handbuch der Kulturanthropologie: "**Recht** bezieht sich auf die Art und Weise, in der Streitfälle in einer Gesellschaft gewöhnlich beigelegt werden und in der Überschreitungen öffentlich anerkannter Verhaltensregelungen gehandhabt werden." (VIVÉLO 1981; 206)

Rechtspluralismus (pluralistische Rechtssysteme) kann wie folgt definiert werden ¹: ".... die Überlagerung von Rechten, die auf lokaler Ebene z.B. aus der Durchdringung unterschiedlicher Rechtsauffassungen verschiedener ethnischer Gruppen resultieren kann. Häufig differieren auch staatliche und lokale Rechtssysteme, die ihre Legitimität aus verschiedenen Quellen schöpfen. Der normative Rechtspluralismus wird noch komplexer, wenn berücksichtigt wird, dass sich ideale Normen und tatsächliche Praktiken stark unterscheiden können. Insbesondere bei Rechten an natürlichen Ressourcen gibt es nur selten kohärente und allgemein anerkannte Rechtssysteme".

"**Common law** ist das in England geltende "gemeine Recht" (der königlichen Gerichte), das weitgehend Gewohnheitsrecht und nur zum geringen Teil in Gesetzeswerken zusammengefasst (kodifiziert; **statute law**) ist. Es beruht meist als „**case law**“ auf früheren Entscheidungen höherer Gerichte, die in Fallsammlungen zusammengestellt sind. Diese Sammlungen bilden das Richterrecht (**judiciary law**) und werden ständig ergänzt.

„**Civil law**“ umfasst im Gegensatz dazu die Grundsätze des bürgerlichen Rechts, die größtenteils dem römischen Recht entstammen".

In der Erforschung von Rechtssystemen werden entsprechend den theoretischen Vorannahmen und den praktischen Forschungserfahrungen mit verschiedenen Gesellschaften, drei Tendenzen erkennbar (FISCHER 1992; 198):

¹ Vgl. <http://www.ethno.unizh.ch/programm/ws0001/egli1/page5.html> der Universität Zürich (Abfrage am 12. Januar 2002)

- "Legalistische" Definitionen von Recht, die von unseren Rechtsbegriffen und Rechtszuständen ausgehen und sie mehr oder weniger modifiziert auf andere Völkerschaften und ihr Recht übertragen. Dieser Meinung schließt sich auch BARNARD an, indem er "Customary law" definiert als *"Indigenous legal rules and practices, usually as codified (and thus transformed) by colonial governments"* (BARNARD & SPENCER 2000; 600)
- "Funktionale" Definitionen, die Recht aus dem Funktionszusammenhang von sozialen Regeln und Normen mit anderen Lebensbereichen (Verwandtschaftsordnung, Wirtschaft, Religion, usw.) verstehen, ohne a priori festzulegen, welche sozialen Regeln oder Normen als "Recht" zu gelten haben.
- Forscher, die keine Definition verwenden, weil sie sie für überflüssig und irreführend halten und sich mit einem annähernden Vorverständnis von "Recht" begnügen und vor allem danach fragen, was Mitglieder einer Gesellschaft, die in einem Netzwerk sozialer Beziehungen und im Kontext sozialer Prozesse zueinander stehen, tatsächlich mit- und gegeneinander tun. Außergerichtliche Formen der Streitbeilegung sind für Forscher dieser Richtung ebenso interessant wie gerichtliche Verfahren (vgl. FISCHER 1992; 198 f).

Die Definitionen nach der "legalistischen" Methode sind nicht unproblematisch, denn die Vertreter dieser Methode gehen immer von dem europäischen Muster der Sanktionen, bzw. Bestrafungen auf regelwidriges Verhalten durch politische, militärische, kirchliche oder rechtliche Organe der Gesellschaft aus. Damit wird jedoch vorausgesetzt, dass derartige Organe (Gerichte, Polizei, etc.) vorhanden sind. Das ist jedoch nicht in allen Gesellschaften der Fall und wenn diese Organe vorhanden sind, so ist es durchaus möglich, dass deren Aufgaben unterschiedlicher Natur sind.

GLUCKMAN, Ethnologe der "Manchester School", der viele Forschungen in Afrika durchgeführt hat, war noch der Ansicht, dass *"the very refinement of English jurisprudence makes it better instrument for analysis....than are the languages of tribal law"* (vgl. TRIMBORN 1971; 301).

TRIMBORN hingegen ist in diesem Zusammenhang der Meinung, dass es nur dann angebracht ist, sich unserer Rechtstermini zu bedienen, wenn man einen Rechtsvergleich

vornehmen möchte. Man müsse sich jedoch immer bewusst sein, dass Bezeichnungen für einen Rechtszustand immer in dem jeweiligen kulturellen Zusammenhang zu sehen sein müssen. Es ist daher wichtig, dass in der Erforschung außereuropäischer Rechtsformen Termini aus den Sprachen der Indigenen nur nach ausführlicher Beschreibung ihrer Bedeutung verwendet werden, um auf diese Weise Missverständnisse weitgehend auszuschließen.

SCHOTT schreibt dazu, dass man das methodische Dilemma *"als den Versuch bezeichnen könnte, über den Schatten der eigenen Denkvoraussetzungen zu springen, darin liegt, dass bei Anwendung unserer eigenen Rechtskategorien auf fremde Kulturen, wir sie entweder nach unseren Begriffen zu einem zwar für uns verständlichen, aber nicht der Realität der Verhaltens- und Denkweisen der untersuchten Völker entsprechenden System verfremden, oder alle Abweichungen von unseren Rechtsverhältnissen als fremdartig auffassen, um dann schließlich im anderen Extrem eine grundsätzliche Andersartigkeit der rechtlichen Anschauungen und Verhaltensweisen bei 'primitiven' Völkern zu unterstellen"* (TRIMBORN 1971; 302).

Bei der Betrachtung und Übersetzung von Rechtssystemen und deren Termini sind daher besonders sorgfältig die funktionalen Abhängigkeiten des Rechts zu allen Lebensbereichen zu betrachten und zu beschreiben und es muss bewusst sein, dass damit auch ein Transformationsprozess verbunden ist.

3. Die kulturelle Entwicklung von Rechtssystemen

Bei **egalitär organisierten Gesellschaften** werden Streitigkeiten und Abweichungen vom angemessenen Verhalten von den Hauptbeteiligten sowie deren Freunden und Verwandten dergestalt gehandhabt, dass die Spannungen innerhalb der Gruppe minimiert werden. Es gibt keine formalen Gerichtshöfe oder Richter, keine Polizei und keine strengen Verfahrensweisen. Die gesellschaftlichen Normen sind auch nicht schriftlich festgelegt. Falls ein Mitglied dieser Gesellschaft diesen Normen zuwider handelt, so wird von den anderen der jeweiligen Gruppe sozialer Druck auf diese Person ausgeübt, das Verhalten zu ändern. Der Konflikt kann auf verschiedene Arten bereinigt werden, einerseits durch Anwendung körperlicher Gewalt, andererseits durch verbale friedliche Diskussionen. Das Ziel ist es jedoch, die Person wieder in die Gesellschaft einzugliedern, doch können auch drastischere Maßnahmen, die bis zur Ausstoßung durch die Gruppe gehen können, ergriffen werden. In extremen Fällen kann es auch zur Spaltung der Gruppe kommen. Die Vergehen sind meist persönlicher Natur, nachdem es in diesen Gesellschaften kaum Privateigentum, sondern nur gemeinschaftliches Eigentum gibt.

In **stratifizierten Stammesgesellschaften** mit starken verwandtschaftlichen Abhängigkeiten kann festgestellt werden, dass das rechtliche Handeln bereits stärker formalisiert und institutionalisiert ist, jedoch ist das Ziel jedes Verfahrens nicht die Bestrafung, sondern die Wiederherstellung freundschaftlicher Beziehungen innerhalb der Gemeinschaft zum Zweck der Aufrechterhaltung der inneren Ordnung.

In **Stammesgesellschaften, die auf der Grundlage von Häuptlingstümern** organisiert sind, sind die Rechtsverfahren strenger durchgebildet und institutionalisiert und weniger abhängig von Verwandtschaftsgefühlen. Die Streitparteien können dem Urteil eines Richters vollständig unterworfen sein und es können Geldstrafen eingehoben, körperliche Strafen, Foltern und Deformierungen oder Hinrichtungen durchgeführt werden.

Staatlich organisierte Gesellschaften mit einem autoritären Rechtssystem stehen am Ende dieser Entwicklungsskala. Die Institutionen des Rechtswesens nehmen an Zahl und Bedeutung zu, da der Eigentumsbegriff stark ausgebildet und daher auch die Besitzverhältnisse der einzelnen Individuen rechtlich definiert sind; es gibt kaum etwas, was nicht

einem Besitzer zuzuordnen ist. Streitigkeiten werden nicht mehr im Lebenszusammenhang von Verwandtschaft und Freundschaft beigelegt. Gesetze werden von einer Legislative erlassen, welche von Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten gelesen und interpretiert werden. Dies dient dazu, die Ordnung in einer komplexen, heterogenen, dichtbevölkerten und auf einer Marktwirtschaft beruhenden Gesellschaft aufrecht zu erhalten. (vgl. VIVÉLO 1981; 206 ff).

Das Resultat bei dieser Form von den Gerichtsverhandlungen ist in den meisten Fällen nicht eine freundschaftliche Beilegung, sondern indem einer Partei recht gegeben wird und die andere Partei verurteilt oder ihr nicht recht gegeben wird. In Straffällen werden Gefängnisstrafen verhängt, die jedoch das Ziel verfolgen, den Rechtsbrecher von der Gesellschaft eine gewisse Zeit fernzuhalten und nicht eine Wiedergutmachung und Eingliederung in das soziale Umfeld anzustreben, wie dies bei traditionellem Recht der Fall ist.

Daraus lässt sich erkennen, dass sich "Gesetz" und "Recht" nicht nur auf jene Gesellschaften beschränken, in denen es ein formal anerkanntes abgesichertes politisches Autoritätssystem gibt, sondern es praktisch in allen Gesellschaften, auch wenn diese nicht in schriftlicher Form vorliegen, einen Regelungsmechanismus für die Handhabung von Streitfällen und Übertretungen gibt sowie Verfahrensweisen mit bestimmten Merkmalen für deren Beilegung.

Je komplexer jedenfalls ein Gesellschaftssystem ist, um so komplexer sind auch dessen Rechtssysteme.

4. Die Geschichte der Erforschung indigener Rechtssysteme

Erstmalig hat sich Joseph Francois LAFITAU (1670 - 1740) mit indigenen Rechtssystemen auseinander gesetzt, indem er bei den Irokesen im heutigen Kanada deren Rechtssysteme mit jenem der Völker des europäischen Altertums verglich. Jedoch erst Johann Jakob BACHOFEN (1815 - 1887) hat die große Bedeutung der Rechtsordnung bei Indigenen erkannt und hat sich in seinem Buch "Das Mutterrecht" (1861) mit den Rechtsverständnissen in matrilinearen Gesellschaften auseinander gesetzt.

Lewis Henry MORGAN (1818 - 1881), der den Evolutionismus vertrat, stellte die These auf, dass sich Rechtssysteme erst mit der Vererbung von Eigentum entwickelten und dass der Besitz am bebauten Boden und später der am Vieh zuerst in das Eigentum der Sippe, dann in das einzelner Familien und schließlich in das einzelner Individuen übergegangen ist. Auf diesen Erkenntnissen haben in der Folge auch Karl MARX (1818 - 1883) und Friedrich ENGELS (1820 - 1895) aufgebaut und den Übergang von der Urgesellschaft zur Klassengesellschaft in dem Buch "Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats" (1884) dargestellt. Auf MORGAN's und ENGEL's Studien über die "Urgesellschaft" hat sich späterhin auch LENIN in seiner Schrift "Staat und Revolution" (1917) berufen. Es ist zu beachten, dass die rechtsphilosophischen und -ethnologischen Forschungen sehr oft nicht nur akademischer Art waren, sondern politisch weiter verwendet wurden.

Ende des 19. Jhdts. beschäftigten sich einige bedeutende Wissenschaftler mit indigenen Rechtssystemen, wie z. B. der Bremer Richter Albert Hermann POST (1839 - 1895) der die Entwicklungsgeschichte des Rechts in seinem Buch "Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz" (1894) darstellte, oder Adolf BASTIAN, der Begründer der deutschen Ethnologie, der ethnographische Parallelen als "Elementargedanken" interpretierte. Josef KOHLER (1849 - 1919), ein bedeutender deutscher Jurist, versuchte, mehr die kulturelle und soziale Bedingtheit der verschiedenen Rechtsanschauungen und -bräuche herauszuarbeiten. Er veröffentlichte mehr als 300 Aufsätze über die Rechte außereuropäischer Völker in der "Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft". Bedeutend ist, dass KOHLER einen grundsätzlichen Unterschied zwischen den Rechten "primitiver" und "zivilisierter" Völker nicht anerkannte. *"Überall gibt es, nach seiner Meinung, ein 'Ge-*

fühl des Seinsollenden und des Nichtseinsollenden', nämlich ein 'Rechtsgefühl'. Daher gibt es kein Volk ohne Recht. Es gibt Völker ohne Gerichte und Völker bei welchen die staatliche Organisation fehlt oder nur in ihren äußersten Rudimenten entwickelt ist, aber ein Volk ohne Recht gibt es nicht: der Mensch kann niemals Nichtmensch sein" (vgl. FISCHER 1992; 188 f). KOHLER verfasste auch bereits 1897 für die neu erworbenen deutschen Kolonien einen "Fragebogen zur Erforschung der Rechtsverhältnisse der sog. Naturvölker, namentlich in den deutschen Kolonialländern". Die Ergebnisse konnten jedoch von ihm nicht mehr ausgewertet werden, erschienen jedoch 10 Jahre nach KOHLER's Tod in dem zweibändigen Werk "Das Eingeborenenrecht" (1929/30), herausgegeben von Erich SCHULTZ-EWERTH und Leonhard ADAM.

Im Sinne eines sich selbst erhaltenden Austauschsystems hatte sich Emile DURKHEIM (1858 - 1917) die Gesellschaft vorgestellt. Rasche Veränderungen aber würden das Gleichgewicht stören und es entstehe dadurch eine "Anomie", die Konflikte und Abweichungen wie Kriminalität oder Selbstmord verursachen würden. Dass dies eher der Normalzustand einer Gesellschaft ist, bewies die Rechtsforschung der "Manchester-Schule" um Max GLUCKMAN (1911 - 1975). Diese entwickelte analog zum angelsächsischen Fallrecht (case law) die „extended case method“, die ungesetztes Recht weniger von der normativen als von der praktischen Seite her untersuchte. GLUCKMAN schilderte das Verfahren eines Stammesgerichtes als kollektive Suche nach dem "vernünftigen Menschen". Dieser stehe nicht fest, sondern werde - als Leitbild und Richtmaß des zu beurteilenden Falles - in jeder Sitzung neu ausgehandelt. Das Strafmaß werde von Traditionshütern festgelegt, die mit der Macht der öffentlichen Meinung ausgestattet sind und durch Ansehen, Reichtum, Rede und Charisma dem Schiedsspruch zur Durchsetzung verhelfen (vgl. STRECK 1987; 176).

Als eigentlicher Begründer der Erforschung indigener Rechtssysteme gilt jedoch Richard THURNWALD (1869 - 1952). Als studierter Jurist machte er mehrjährige ethnographische Feldforschungen in Melanesien zwischen 1906 und 1915, die u. a. der Erhebung rechtsethnologischer Befunde dienten. THURNWALD erkannte dabei das Ungenügen der Fragebogenmethode, denn *"da das Recht eine Funktion der Lebensbedingungen und der gesamten Kultur eines Volkes darstellt, kann man es nicht isoliert erfassen, indem man "Eingeborene" befragt"* (vgl. FISCHER 1992; 191). THURNWALD wies auch auf

die wichtige Rolle der Reziprozität hin als Grundlage für menschliches Gerechtigkeitsgefühl und damit als sozialpsychologische Grundlage allen Rechts. Diesen Gedanken hat auch Bronislaw MALINOWSKI (1884 - 1942) in seinem Buch "Crime and Custom in Savage Society" (1926) zu einer Theorie des indigenen Rechts weiter entwickelt. THURNWALD hat seine wichtigsten methodischen Grundsätze in seinem Werk "Werden, Wandel und Gestaltung des Rechts" (1934) niedergelegt. Es ist dies auch heute noch eine der besten systematischen Darstellungen von indigenem Recht nach einzelnen Rechtsgebieten (vgl. FISCHER 1992; 193).

Weitere bedeutende Forscher, die sich mit dem Recht indigener Völker im engeren Sinn befaßt hatten sind zu nennen:

- VAN VELSEN von der britischen "Konfliktschule", die situational analysis verfolgt hat
- SCHOTT, der den Rechtspluralismus und die Verhältnisse in komplexen Gesellschaften untersuchte
- BOHANNAN, der im Fall der nigerianischen Tiv gezeigt hat, dass sich traditionelles Stammesrecht mit seinen "Spiegelstrafen" (Aug um Aug, Zahn um Zahn) auch im modernen Staat hält und es nur überlagert ist von westlichem Recht aber oft auch noch zusätzlich vom Kriegsrecht der gerade herrschenden Junta.

SCHOTT hat auch nachgewiesen, dass bei Gerichtsverhandlungen und zusätzlich bei Urteilsvollstreckungen der "Unterhaltungswert" eine wichtige Rolle spielt und sich dies nach Richard WREDE auch in der Neugier moderner Gesellschaften in Horrorfilmen oder Foltermuseen weiter fortsetzt (vgl. STRECK 1987; 177)

Die neuere Tendenz in der Erforschung indigener Rechtssysteme ist, dass es bei den theoretischen und methodischen Diskussionen um die Frage geht, ob man "Recht" als ein System von rechtlichen Regeln oder aber als einen Prozess der Regelung von Konflikten auffassen soll (FISCHER 1992; 205).

5. Die Abgrenzung zwischen den Rechtssystemen

5.1. *Ethnizität und customary law*

Die Anwendung europäischen Verfahrensrechts in afrikanischen Rechtsangelegenheiten bewirkte einen Transformationsprozess für beide Rechtskulturen in den afrikanischen Ländern. Zentrale Vermittlerpersonen zwischen den beiden Rechtskulturen waren in der Kolonialzeit die afrikanischen Informanten, Laienrichter und Rechtsassessoren, einschließlich der Vertreter muslimischer Minderheiten; heute sind dies in erster Linie die afrikanischen Richter und Laienrichter. Systematische biographische Untersuchung dieser Personen fehlen bislang fast vollständig, obwohl die entscheidende Rolle der Rechtshonoratioren beim Rezeptionsvorgang in der Rechtsvergleichung allgemein anerkannt ist.

Im Zuge des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wandels in den meisten afrikanischen Staaten, der insbesondere durch die Einführung der Geldwirtschaft, die Urbanisierung und Industrialisierung, und die Individualisierung der Lebensweisen bedingt ist, verlieren vielfach traditionelle Formen des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, die durch die erweiterte Familie gewährleistet waren, an Funktionsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Frauen und Kinder befinden sich häufig in einer besonders prekären Situation. Es ist zu beobachten, dass familien- und erbrechtliche Regelungen und Ansprüche vor diesem Hintergrund eine veränderte Bedeutung erlangen. Es erscheint daher wichtig, verstärkt den Gesichtspunkt der ökonomischen und sozialen Absicherung der einzelnen Familienmitglieder in einer zunehmend individualisierten Gesellschaft zu untersuchen. Dieser Gesichtspunkt manifestiert sich besonders deutlich sowohl im Familien- als auch im Erbrecht; da in agrarischen Gesellschaften das Erbrecht an Boden eine besondere Rolle spielt²

²

vgl. <http://www.uni-bayreuth.de/forschungsbericht/94/pde95016132.html>
(Abfrage am 12. Januar 2002)

5.2. Konflikt zwischen den Rechtssystemen

Die umfassenden Wandlungstendenzen in den legalen Systemen machen sich auch in den entlegensten Teilen der Welt bemerkbar.

Auffallend ist

1. die Veränderung der Größenordnungen:
Tendenziell dehnen sich die Rechtsräume aus, sowohl bezüglich des Geltungsbereichs der legalen Normen, als auch bezüglich der Zuständigkeitsbereiche in der Streitschlichtung.
2. dass das Volumen der legalen Normen, welche potentiell die gesamte Weltgesellschaft betreffen im Zunehmen begriffen ist und
3. dass sich eine frappante Ausdifferenzierung von rechtlichen und quasi-rechtlichen Instanzen abzeichnet, welche die Beziehungen zwischen Recht und Gesellschaft in den internationalen, nationalen und lokalen Rechtsräumen - und zwischen diesen Räumen - ausgestalten.

Mitglieder lokaler Gesellschaften werden zunehmend mit legalen Normen konfrontiert, die von Instanzen geprägt werden, jedoch vom lokalen Kontext weit entfernt sind. Diese kollidieren nicht selten mit den bestehenden Rechtssystemen und Auffassungen von Legitimität. Zudem perpetuiert sich die Kluft zwischen dem geltenden Recht und den eingeschränkten Möglichkeiten vieler Menschen, diese einzuklagen.

Einen wesentlichen Einfluss darauf hat die staatliche Expansion in die lokalen "Lebenswelten"; sich ändernde Machtkonstellationen in den "lokalen Arenen"; neue Konfliktpotentiale und neue Formen der Streitschlichtung angesichts von Interventionen externer Organisationen und der Öffnung der Privatsphäre gegenüber öffentlichen Regelungsinstanzen. Auch der Wertewandel und das Aufeinanderprallen von Auffassungen dessen, was Recht bedeutet, und welche Vorkehrungen notwendig sind, um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, spielen eine immer wichtigere Rolle ³

³

vgl. http://www.soziologie.de/sektionen/e01/cfp_05-00.htm.
(Abfrage am 12. Januar 2002)

6. Die Verbreitung von customary law

Heute gibt es praktisch kein Land, das sein Rechtssystem ausschließlich auf Bräuchen und Gewohnheiten aufbaut. Innerhalb vieler Staaten spielt daher "customary law" neben dem staatlichen Rechtssystem insbesondere bei persönlichen Auseinandersetzungen und Streitfällen eine bedeutende Rolle, da es in den meisten Fällen das "positive Recht" im Sinne von Einigung zwischen den Streitparteien unterstützt. Vornehmlich betrifft dies afrikanische Staaten, trifft aber auch für China und Indien zu, wenngleich unter anderen Rahmenbedingungen.

Die Verbreitung von gemischten Rechtssystemen ist wie folgt⁴:

CUSTOMARY LAW SYSTEMS:

ANDORRA	GUERNSEY ISLAND (UK)
CAMBODIA	JERSEY, ISLAND (UK) ,LAOS

MIXED SYSTEMS WITH CUSTOMARY LAW

MIXED SYSTEMS OF CUSTOMARY LAW AND CIVIL LAW:

BURUNDI	JAPAN
BURKINA FASO	KOREA, NORTH and SOUTH
CHAD	MALI
CHINA	MADAGASCAR
CONGO, DEMOCRATIC	MONGOLIA
REPUBLIC OF THE CONGO,	MOZAMBIQUE
CÔTE D'IVOIRE	NIGER
EQUATORIAL GUINEA	RWANDA
ETHIOPIA	SAO -TOME AND PRINCIPE
GABON	SENEGAL
GUINEA	SWAZILAND
GUINEA BISSAU	TAIWAN,
	TOGO

MIXED SYSTEMS OF CUSTOMARY LAW AND COMMON LAW:

BHUTAN	NEPAL
BOTSWANA	SIERRA LEONE
GHANA	SOLOMON ISLANDS
HONG KONG (CN)	TANZANIA
LIBERIA	UGANDA
MALAWI	WESTERN SAMOA
MICRONESIA,	ZAMBIA
FED. STATES OF MYANMAR	

MIXED SYSTEMS OF CUSTOMARY LAW, CIVIL LAW

AND MUSLIM LAW:

DJIBOUTI	INDONESIA
ERITREA	

MIXED SYSTEMS OF CUSTOMARY LAW, CIVIL LAW

AND COMMON LAW:

CAMEROUN	VANUATU
LESOTHO	ZIMBABWE
SRI LANKA	

MIXED SYSTEMS OF CUSTOMARY LAW, COMMON LAW

AND MUSLIM LAW:

BRUNEI	INDIA
GAMBIA	MALAYSIA
KENYA	NIGERIA

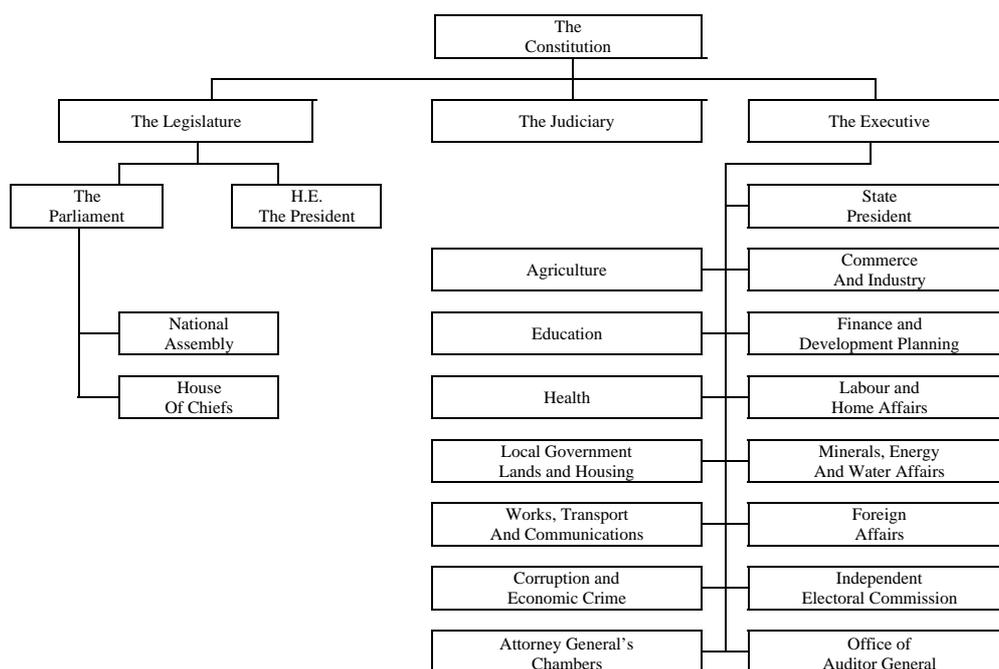
7. Fallbeispiel Botswana

Anhand von Botswana möchte ich darstellen, wie Rechtspluralismus funktionieren kann aber auch wie konfliktbeladen und inkompatibel Rechtssysteme sein können und dadurch auch strukturelle Benachteiligungen entstehen können.

In Botswana - wie auch in vielen anderen afrikanischen Ländern - besteht bis heute ein duales Gerichtssystem, das seinen Ursprung in der Kolonialzeit hat. Während der High Court eine universale Zuständigkeit besitzt, sind die „Traditional Courts“ für Afrikaner zuständig und wenden nur afrikanisches Recht an. In beiden Systemen gelten - teilweise vereinfachte - Zuständigkeits-, Beweis- und Prozessregeln, die auf dem englischen Recht beruhen. Demnach ist das "Customary Law" nicht mehr unverfälschtes tribales Recht, wie dies noch in vorkolonialer und kolonialer Zeit bestanden hat, sondern unter Verwendung von europäischen Rechtsbegriffen von britischen Juristen oder kolonialen Administratoren in Zusammenarbeit mit lokalen (männlichen) Chiefs niedergeschriebenes Recht.

7.1. Die politischen Rahmenbedingungen in Botswana

Die offizielle Homepage des Government of Botswana stellt die politische Struktur des Landes wie folgt dar (www.gov.bw Abfrage vom 12. Januar 2002)



Meiner Meinung nach ist jedoch in dieser offiziellen Homepage dahingehend ein Fehler im Organigramm, da das „House of Chiefs“ nicht Teil der Legislative ist.

7.2. Die Rolle der Chiefs

In vorkolonialer Zeit waren die Chiefs unangefochtene Herrscher über ihrem größeren oder kleineren Stamm. In der Zeit der Kolonisierung spielten in der lokalen Politik die wichtigste Rolle die Paramount-Chiefs, Chiefs, Subchiefs und Headmen. Ihnen oblag nicht nur die Verwaltung des Territoriums, sondern auch die Gerichtsbarkeit. Um die Kosten der Kolonialverwaltung zu decken, wurde 1899 die "Hut Tax" eingeführt und die britische Regierung ernannte die Chiefs zu "local tax collecting officers", die für ihre Tätigkeit 10 % der Einnahmen selbst behalten durften.

Insgesamt übte sich jedoch die englische Administration bis in die 1930er in Zurückhaltung, zum Unterschied zu anderen britischen Kolonien in Ost- und Westafrika. Eine der Gründe dafür dürfte die vermeintliche Rohstoff-Armut des Landes gewesen sein, da jede Suche nach Bodenschätzen erfolglos blieb; der Boden Botswanas gab seinen Reichtum erst nach der Unabhängigkeit preis (SCHICHO 1999; 123 ff).

Die Verfassung von Botswana garantiert jedem Staatsbürger die gleichen Rechte, freie Meinungsäußerung, Pressefreiheit und Religionsfreiheit.

Mit zur stabilen Entwicklung Botswanas seit der Unabhängigkeit hat sicherlich beigetragen, dass den lokalen Chiefs nach wie vor eine bedeutende Rolle zukommt, trotzdem deren Kompetenzen durch verschiedene Gesetze sukzessive wesentlich beschnitten wurden. Die Chiefs sind das Bindeglied zwischen Regierung und der lokalen Bevölkerung. In den Dorfversammlungen (Kgotla), die von den Chiefs geleitet werden, kann jeder seine Meinung äußern und andererseits wird die Bevölkerung durch die Chiefs informiert. Die Chiefs sind im "House of Chiefs" vertreten und haben dort das Informationsrecht gegenüber dem Parlament. Es ist allerdings nicht als zweite Kammer zu bezeichnen, da sie weder ein legislatives noch ein Veto-Recht besitzen. Die Legislative (Präsident und Parlament) haben jedoch die stabilisierende Position dieses Mediums erkannt und es wird daher getrachtet, in wichtigen Fragen den Rat des "House of Chiefs" einzuholen. Derzeit ist eine Kommission damit beschäftigt, die

Strukturen dieses Mediums zu überprüfen, da nicht alle ethnischen Gruppen gleichermaßen im "House of Chiefs" vertreten sind und daher auch keine Stimme haben.

7.3. Power of Kgotla

Eine wesentliche Rolle kommt den Chiefs nach wie vor in der Durchführung des "Customary Law" zu. Zum Unterschied von "Common Law" werden hier auf lokaler Ebene unter dem Vorsitz der Chiefs etwa 80 % aller Rechtsfälle Botswana's abgehandelt. Kgotla ist der Ort für die Gerichtsbarkeit und es werden dort die Lokalsprachen und -dialekte verwendet. Angeklagte können sich daher in ihrer eigenen Sprache verständigen und verteidigen und müssen nicht Tswana oder Englisch sprechen und benötigen keinen Rechtsanwalt. Das "Customary Law" ist der Bevölkerung verständlicher und auch kostengünstiger und wird daher von dieser bevorzugt.

Wesentlich ist jedoch die Rolle der Chiefs insofern, als ihnen einerseits im Rahmen des Customary Law eine Vermittlerrolle zukommt und nur in wenigen Fällen eine Bestrafung und andererseits dahingehend eine Führungsrolle, als sie trachten sollten, in ihrem Einflussbereich von Haus aus keine Rechtsfälle und -differenzen entstehen zu lassen. Insbesondere Jugendliche sollten in den Chiefs eine Erzieher- und Autoritätsperson sehen, die auch eine wesentliche Rolle bei den Schulungen der Jugendlichen im Rahmen der Vorbereitung auf die Initiationen spielt.

7.4. Zuständigkeit nach Customary Law

Schwere Verbrechen und Straftaten können nicht nach dem Customary Law abgehandelt werden, sondern ausschließlich nach dem "Common Law". Diese sind im Gesetz genau unter Art. 12 geregelt und es fallen darunter z. B. Mord und Totschlag, Verrat oder jedes Vergehen gegen die Sicherheit des Staates, Bigamie und Scheidung, sofern die Heirat nach dem Common Law abgeschlossen wurde, jedwede Fälle und Erbschaften von Eigentum, auch Insolvenzen von Firmen, sind nach dem Recht von Botswana (Common Law) abzuhandeln.

7.5. Berufung

Gegen ein Urteil eines "lower customary court" kann innerhalb von 30 Tagen Berufung angemeldet werden, der Fall geht dann zu dem "higher customary court". Ist ein solches in diesem Gebiet nicht vorhanden, dann wird der Fall vom Berufungsgericht "customary court of appeal" oder "magistrate's court" in nächster Instanz behandelt.

Die oberste Instanz ist der High Court, bei dem allerdings der jeweilige Fall nicht mehr nach dem Customary Law, sondern nach dem Common Law behandelt wird.

7.6. *Prüfungsinstanz*

Die Verhandlungen und die Akte des Customary Court können jederzeit vom Customary Courts' Commissioner oder jedem Magistratsbeamten überprüft bzw. darin Einsicht genommen werden, ob der jeweilige Fall auch rechtens ist.

7.7. *Urteilstvollstreckung*

Bei der Urteilstvollstreckung unter Customary Law können auch körperliche Strafen verhängt werden, wobei allerdings an Jugendlichen, Frauen und Männern über 40 Jahren keine Stockschläge ausgeführt werden dürfen. Gefängnisstrafen und Geldstrafen können ebenfalls verhängt werden. Es ist aber immer das vorrangige Ziel, eine friedliche Streitbeilegung zu erreichen.

7.8. *Konfliktpotentiale*

Seit der Unabhängigkeit wurden, wie bereits erwähnt, die Kompetenzen der lokalen Chiefs Schritt für Schritt beschnitten. Dadurch wächst die Unzufriedenheit bei den Chiefs und Rivalitäten werden aufgebaut. Die Chiefs unterstehen in ihrer Arbeit sehr stark der Kontrolle der staatlichen Hierarchie (Minister -> District Commissioner -> District Administration). Die Einsetzung und Abberufung der Chiefs erfolgt heute durch den Minister. Abberufungen können zu lokalen Konflikten führen, insbesondere wenn es sich um einen Chief handelt, der bei der Bevölkerung beliebt war, hingegen nicht den Vorstellungen und der vorgegebenen Arbeitsweise der Regierung entsprach. Die Regierung, die sich der Bedeutung der Rolle der Chiefs für die innere staatliche Stabilität immer mehr bewusst wird, hat eine Kommission eingesetzt, die die zukünftigen Aufgaben des "House of Chiefs" und dessen Zusammensetzung prüfen soll, damit alle indigenen Gruppen vertreten sind.

Ein anderes Konfliktpotential liegt darin, dass insbesondere von Frauenvereinigungen kritisiert wird, dass das heute bestehende Customary Law ein Recht ist, das für eine patriarchalisch ausgerichtete Agrargesellschaft geschrieben wurde, da es von weißen Juristen der Kolonialverwaltung in schriftlicher Form abgefasst wurde, die allerdings nur mit den lokalen männlichen Chiefs gesprochen haben. Das ursprüngliche Customary Law war hingegen viel flexibler und ging tiefer auf die kulturelle Beziehung in

den Gesellschafts- und Familienstrukturen ein, als jenes Customary Law, das heute in geschriebener Form vorliegt.

Es entstehen Frauenrechtsgruppen, die für gleiche Rechte der Frauen kämpfen und sich auch gegen den unkompatiblen Rechtspluralismus stellen. Ein Beispiel wurde mir aus Zimbabwe bekannt, wo Frauen nach dem "Legal age of Majority Act", der 1982 in Kraft getreten ist, mit 18 Jahren als volljährig erklärt sind, im Customary law hingegen Frauen, insbesondere wenn es um ihre Rechte auf Grund und Boden geht, als entmündigte "Minors" behandelt werden, sodass sie ihren Erbanteil gegenüber männlichen Erben nicht geltend machen können.⁵

⁵

(Vgl. <http://sites.netscape.net/tmoonmemphis/zimbabwe.htm> (Abfrage v. 17. Dezember 2001).

8. Conclusio

Bei der Aufarbeitung der Problematik von Rechtspluralismus haben sich viele offene Fragen ergeben, die im Rahmen dieser Arbeit nicht abgehandelt werden konnten, jedoch sehr interessant wären, diesen nachzugehen. Es sind dies einerseits der Rechtsvergleich, wie sich Rechtspluralismus in den einzelnen Staaten Afrikas darstellt, bzw. auch die Frage, welche Autorität die Rechtspersönlichkeiten in diesen Staaten auf lokaler und staatlicher Ebene haben und die Folgen der Durchsetzbarkeit, sowie das Spannungsverhältnis zwischen den kollektiven und individuellen Rechten innerhalb nationaler und lokaler Rechtsordnungen. Wichtig wäre auch, wie sich die UNO-Konvention für die Menschenrechte, die Rechte von Frauen bzw. die Durchsetzung der UNO-Konvention für die Rechte der Kinder im autochthonen Recht reflektiert.

Ein großes Aufgabengebiet für Rechtsphilosophen und Rechtsanthropologen stellt sich bei der Beleuchtung des Rechtswandels angesichts der sich ändernden Beziehungskonfigurationen in Familien und Haushalten und den Arbeitermigrationen in urbane Gebiete.

Viele Menschen in ruralen Gebieten sehnen sich nach den Verhältnissen vor der Britischen Kolonisierung zurück, als sie noch die alleinigen Herrscher und Besitzer ihres Landes waren und als ihr Leben bezüglich moralischer Standards noch nicht vom gegenwärtigen Übel kontaminiert war. In vorkolonialer Zeit erinnern sie sich, hat es traditionelle Moral gegeben und durch harte Strafen wurden Diebstahl, Hexerei, Ehebruch und Ungehorsam auf einem Minimum gehalten. Die Europäer werden für den derzeitigen moralischen Verfall und die enorme Verbreitung von Aids verantwortlich gemacht, da sie ihre traditionellen Exekutionen und verschiedene Arten des Strafvollzuges verboten haben

Ich schließe mit einem Zitat des britischen Rechtsgelehrten M.G.MARWICK, der meint, dass *es das Ziel indigener Rechtssysteme ist, Hass aus dem Herzen der Streitparteien zu beseitigen, indem die Sachlage sehr geduldig untersucht und angehört wird und mit Überredungskunst ein für alle akzeptables Resultat erzielt werden soll.* (vgl. CHANOCK 1985; 5f).

Bibliographie

- ALLOTT, Anthony und WOODMAN, Gordon R.:
1985 People's Law and state Law, The Bellagio Papers, Foris Publications,
Dordrecht - Holland/Cinnaminson - USA
- ANDERHEIDEN, Michael [Hrsg.]:
2001 „Junges Forum Rechtsphilosophie : Globalisierung als Problem von
Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts. Vorträge der 8. Ta-
gung des Jungen Forum Rechtsphilosophie, 20. und 21. September
2000 in Heidelberg“, Verlag Steiner,
- BACHOFEN, Johann Jakob:
1993 Das Mutterrecht, Eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten
Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur.
- BARNARD, Alan und SPENCER, Jonathan:
2000 Encyclopedia of social and cultural anthropology, Routledge, New
York
- BIX, Brian:
1995 Law, language and legal determinacy , Clarendon Press, Oxford
- BOTSWANA Customary Courts, Chapter 04:05, Arrangement of Sections
- BRAUN , Johann:
2001 Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, die Rückkehr der Gerechtigkeit
Beck, München
- BUCHHOLZ-SCHUSTER, Eckardt:
1998 Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwech-
seln, eine Untersuchung zur Funktion von "Juristenphilosophie" Berlin-
Verl. Spitz; Baden-Baden
- CHANOCK, Martin:
1985 Law, Custom and Social Order, The Colonial Experience in Malawi
and Zambia, Cambridge University Press, Cambridge
- DUNNE, Timothy:
1999 Human rights in global politics, edited by Timothy Dunne and Nicholas
Wheeler, Cambridge Univ. Press, Cambridge / New York
- DYZENHAUS, David [Hrsg.]:
1996 Law and morality, readings in legal philosophy , Univ. of Toronto
Press, Toronto

FISCHER, Hans:

1992 Ethnologie, Einführung und Überblick, Ethnologische Paperbacks,
Dietrich Reimer Verlag, Berlin

GOLDSCHMIDT, Werner und ZEHLIN, Lothar:

1994 / Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit, in
DIALEKTIK, Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissen-
schaften, Felix Meiner Verlag GmbH, Hamburg

LAMPE, Ernst-Joachim [Hrsg.]:

1995 Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, 1. Aufl., Nomos Verl.-Ges.,
Baden-Baden (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat ; 2)

LÉVI-STRAUSS, Claude:

1999 Traurige Tropen, Surkamp, Frankfurt am Main

LLOMPART, José:

1993 Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts, Duncker
& Humblot, Berlin - (Schriften zur Rechtstheorie ; 158)

MAINE, Henry Sumner:

1997 Das alte Recht "Ancient Law", Sein Zusammenhang mit der Frühge-
schichte der Gesellschaft und sein Verhältnis zu modernen Ideen, No-
mos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

MARMOR, Andrei [Hrsg.]:

1994 Law and interpretation, essays in legal philosophy, Clarendon Press,
Oxford

STRECK, Bernhard (Hrsg.):

1987 Wörterbuch der Ethnologie, DuMont Buchverlag, Köln

TRIMBORN, Hermann:

1971 Lehrbuch der Völkerkunde, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart

UNICEF:

1997 Operating Within the Law, A Handbook for workers in juvenile justice

VIVELLO, Frank Robert:

1981 Handbuch der Kulturanthropologie, Eine grundlegende Einführung
STAGL Justin (Hrsg.), Verlagsgemeinschaft Ernst Klett, Stuttgart

URLgraphie

(Abfrage am 12. Januar 2002)

<http://www.ethno.unizh.ch/programm/ws0001/egli1/page5.html>

Rechtspluralismus (pluralistische Rechtssysteme)
Universität Zürich

<http://www.uni-bayreuth.de/forschungsbericht/94/pde95016132.html>

die Traditional Courts für Afrikaner (Botswana und Malawi)

<http://www.uottawa.ca/world-legal-systems/eng-coutum.htm>

Tabellarische Darstellung von Staaten mit Rechtspluralismus

http://www.soziologie.de/sektionen/e01/cfp_05-00.htm

ESSA-Tagung vom 10. bis 12. Mai 2001 in Bonn, zum Thema
Recht, Rechtswirklichkeit, Rechtsräume

<http://sites.netscape.net/tmoonmemphis/zimbabwe.htm> (Abfrage am 17. Dezember 2001).

Frauen in Zimbabwe