

Das demokratische Südafrika - die Erschaffung der Verfassung, das Prinzip Ubuntu und die Auslegung der Verfassung durch das Verfassungsgericht

Interview mit Albert Louis „Albie“ Sachs

(Übersetzung des Interviews aus Betrifft JUSTIZ Nr. 133 März 2018 S. 32 ff)

Albert Louis „Albie“ Sachs (*1935 in Südafrika) hatte sich schon als Student gegen ungerechte Apartheidsgesetze engagiert. Ab 1949 verteidigte er als Rechtsanwalt in Kapstadt Gegner der Apartheid. Schon 1963 wurde er wegen seiner Aktivitäten im Widerstand verhaftet, anschließend gebannt, und wieder ohne Prozess inhaftiert. 1966 emigrierte er nach England, wo er nach Promotion an der Universität Southampton lehrte. 1977 kehrte er nach Afrika zurück: in Mosambik trat er eine Professur an. In den folgenden Jahren arbeitete Sachs eng mit Oliver Tambo in der Befreiungsbewegung ANC zusammen. Ein Attentat südafrikanischer staatlicher Sicherheitskräfte in Maputo überlebte er schwer verletzt – er verlor einen Arm und das Augenlicht auf einem Auge. Während seiner Genesung erarbeitete er mit Mitstreitern des ANC Grundlagen für eine Verfassung eines befreiten Südafrika. 1990, nach Legalisierung des ANC und Freilassung Nelson Mandelas, kehrte er nach Südafrika zurück und beeinflusste wesentlich den Entwurf der Verfassung. Insbesondere die Formulierung der Grundrechte, der Bill of Rights geht auf ihn zurück. Bis 2009 war er als Richter am neu geschaffenen Verfassungsgericht aktiv, dessen beeindruckende Kunstaussstellung er neben seiner richterlichen Tätigkeit aufbaute.

Er ist Autor zahlreicher Sachbücher, von denen „The Strange Alchemy of Life and Law“ 2010 ausgezeichnet wurde. Neben seiner persönlichen Entwicklung erörtert er zahlreiche verfassungsrechtliche Fragen anhand von Fällen des Verfassungsgerichts.

Mit uns sprach er über die Entwicklung der Verfassung, das Verfahren der Verfassungsgebung in zwei Stufen, über Anregungen aus anderen Ländern, über das Konzept Ubuntu - des Verbundenseins aller Menschen - über die Bedeutung verschiedener Rechtsquellen wie Common Law und auch Gewohnheitsrecht der traditionellen Einwohner und seine Auslegung als lebendes sich entwickelndes Recht, um es Erfordernissen einer modernen Gesellschaft anzupassen.

BJ: Sie sind einer der Väter der südafrikanischen Verfassung. 1994 haben Sie entschieden, nicht einfach die Verfassung eines anderen demokratischen Landes zu kopieren, weil Südafrika in einer ganz besonderen Situation war – können Sie darüber etwas erzählen?

Ich war einer der vielen Väter und Mütter der Verfassung. In einer wichtigen Sitzung hatten wir sogar ein Baby dabei, das gestillt wurde! Das Verhandlungsteam des ANC hätte nicht unterschiedlicher zusammengesetzt sein können. Wir waren uns bewusst, dass die Apartheid-Verfassung schrecklich war. Sie war ein Gesetzesdokument, Grundgesetz Südafrikas, das offen rassistisch, ausdrücklich undemokratisch war und keinen Grundrechtskatalog enthielt. Wie hätte man auch Grundrechte in einer offen rassistischen Gesellschaft haben können – das war konzeptionell unmöglich. Die alte Verfassung setzte an bei der Macht und Souveränität des Parlaments und verband das mit den Instrumentarien eines rassistischen Staates. Eine solche Verfassung konnten wir nicht anpassen, wir konnten sie nicht besser machen oder ergänzen – wir mussten sie komplett entsorgen. Wir mussten ganz neu anfangen. Und unser Verfahren war so bemerkenswert, dass am Ende das rassistische Parlament selbst, von dem alle schwarzen Afrikaner ausgeschlossen waren, den Text der Übergangsverfassung annahm, der es selbst abschaffte.

Wir mussten unsere neue verfassungsmäßige Ordnung erfinden, und bevor wir ans Schreiben gehen konnten, mussten wir eine wichtige Schlacht schlagen – das Bild, das wir benutzten, ist ganz interessant: wir nannten es unsere Schlacht von Cuito Cuanavale. Das war eine Schlacht in Angola im Jahre 1988, als die weiße rassistische Armee Südafrikas sich im Gefecht mit angolanischen und kubanischen Truppen geschlagen geben musste. Diese Schlacht hatte entscheidenden Einfluss darauf, dass Namibia unabhängig wurde, dass die Unabhängigkeit Angolas zementiert wurde und dass schließlich auch Südafrika befreit wurde. Ein argentinischer Professor, dessen Namen ich vergessen habe, nennt das das zentrale Drama der jedes Verfassungsgebungsprozesses – ich finde, eine sehr ausdrucksstarke Bezeichnung. Erst als wir dieses zentrale Drama aufgelöst hatten, konnten wir uns den Strukturen zuwenden und die Details einfügen. Und noch bevor wir das zentrale Drama am Verhandlungstisch in Südafrika angehen konnten, mussten wir im ANC im Exil, in Untergrund und Haft eine fundamentale politische Entscheidung treffen: wollten wir eine Volksrepublik nach dem Beispiel der Volksrepublik Mosambik, Angola, Kuba oder China, wo die Verfassung die Herrschaft der führenden revolutionären Partei absegnet? Das war die eine Möglichkeit. Oder sollten wir nach einer klassischen Verfassung streben wie in den USA, wo die Verfassung im Wesentlichen dazu dient, die öffentliche Gewalt zu leiten und im Zaum zu halten? Oder sollten wir ein drittes Modell wählen, wie Spanien und Portugal nach dem Faschismus, das Pluralismus und Transformation der Gesellschaft bedeutete: dieses ließ eine offene Gesellschaft zu, erlaubte ein Mehrparteiensystem, umfasste Grundrechte für alle Menschen. Grundrechte waren dabei nicht Instrumente für den Erhalt des Status Quo, sondern dienten zur Stärkung der Marginalisierten, der Unterdrückten, der Menschen, die Opfer der Apartheid geworden waren. Wir im ANC entschieden uns für das dritte Modell: also weder Volksherrschaft noch eine Verfassung, die die Macht der Regierung beschränkte, sondern eine Verfassung für nach der Diktatur, nach Unterdrückung, die die Grundrechte aller verteidigen sollte und Transformation und Veränderung fördern sollte. Das sollte die Haupt-Stoßrichtung unserer Verfassung werden.

Aber das zentrale Drama lag woanders. Es ging darum, ob wir unsere Verfassung auf ein Prinzip der Verteilung der Macht zwischen den Rassen aufbauen sollten, wie es das Regime wollte, oder ob es eine nicht-rassistische Demokratie mit Mehrheitsregierung werden sollte und mit einem Grundrechtekatalog, wofür der ANC kämpfte. Um diese Frage stritten wir jahrelang – keine einfache Aufgabe. Wir hatten Zusammenbrüche, die Verhandlungen kamen zum Stillstand, wir hatten Massenproteste mit hunderttausenden Menschen auf der Straße in Unterstützung für die ANC-Positionen. Und am Ende war es im Wesentlichen die Position des ANC, die von der damaligen Regierung angenommen wurde, sowohl bezüglich des Verfahrens der Verfassungsgebung als auch bezüglich des inhaltlichen Kerns.

BJ: Sagen Sie damit, dass die Übergangsverfassung, also die erste Verfassung für das neue Südafrika, im Wesentlichen das war, was Sie vorher im ANC als Modellverfassung entwickelt hatten?

Was der ANC entwickelt hatte, bestand aus zwei Teilen, die kombiniert waren: der ANC wollte eine Verfassunggebende Versammlung, von der Bevölkerung gewählt, die eine Verfassung entwickeln sollte. So hätten erstmalig alle Südafrikaner Gelegenheit ihre Stimme abzugeben. Während der Verhandlungen mit der damaligen Südafrikanischen Regierung änderte sich übrigens unsere Terminologie. Im ANC sprachen wir zunächst vom „Feind“, später hieß es „das Regime“ – ein bisschen weicher. Dann wurde es „die Regierung“, und als wir dann Fortschritte machten, hieß es „die andere Seite“. Das haben wir nie bewusst entschieden, es passierte einfach. Am Anfang war das, was „der Feind“ wollte, eine Aufteilung der Regierungsgewalt zwischen den rassistisch definierten Bevölkerungsgruppen, wobei jede ihren eigenen Anführer wählen sollte. Wir hätten dann drei Präsidenten gehabt, die im Rotationsprinzip und mit Konsensbildung regiert hätten. Das wäre ein Desaster geworden. Mandela, de Klerk und Buthelezi in sechs-Monats-Wechsel. Sie argumentierten, das sei der einzige Weg, die Herrschaft einer Rasse über die andere zu verhindern. Diese Idee, Konkordanzdemokratie genannt, wiesen wir zurück.

Das zentrale Drama im Prozess der Verfassungsentwicklung kam dann von unserem Beharren darauf, eine nicht-rassistische demokratische Verfassungsordnung schaffen zu wollen. Wenn die Weißen Sorge hatten, was aus ihnen unter einer schwarzen Mehrheitsregierung werden sollte, dann würde ihr Schutz nicht daraus folgen, dass die weiß waren, sondern dass sie Menschen waren. Alle Menschen, weiß oder schwarz, sollten Anspruch auf Schutz ihrer Grundrechte haben. Sprache, kulturelle und religiöse Rechte sollten vollen Schutz genießen, aber nicht die Basis der neuen Staatsstruktur bilden.

Der ANC beschloss weiter, dass wir nicht selbst eine Verfassung schreiben und sie dann den Menschen vorlegen sollten – das wäre eine a priori Verneinung von Konstitutionalismus gewesen. Wir wollten, dass eine vom Volk gewählte verfassunggebende Versammlung die Verfassung schreiben sollte. Das Regime sagte: nein, in einer solchen Versammlung werden wir majorisiert und dominiert werden und unsere Rechte werden nicht geschützt werden. Wir müssen die Verfassung hier und jetzt am Verhandlungstisch selbst entwerfen ... dort saß eine Ansammlung von 25 oder 26 Provinzregierungen nach Apartheidgesetzgebung sowie

politische Parteien einschließlich der Freiheitsbewegungen. Die Regierung wollte, dass diese Körperschaft, CODESA (Convention for a Democratic South Africa), die Verfassung entwickeln und dann einem Referendum unterwerfen sollte. Das lehnten wir ab, das würde den Menschen ihre Volkssouveränität im Augenblick der Befreiung verweigern: eine selbsternannte Institution, die eine Verfassung entwickelte und den Bürgern dann vorlegte mit einer ja/nein Option.

Also entwickelten wir einen zweistufigen Prozess. Zum ersten Mal in Südafrika würden schwarze Menschen ein Parlament wählen können. Dieses neue Parlament sollte Gesetze verabschieden und zugleich eine Verfassung entwickeln. Der Schutz von Minderheiten gegen künftige Unterdrückung würde sich dadurch ergeben, dass die Verhandlungsparteien sich im Voraus auf Prinzipien einigten, die das Parlament in der Verfassung respektieren musste. Also, keine Sorge Herr de Klerk, es wird einen Rechtsstaat geben. Wenn Sie sicherstellen wollen, dass es Gleichheit für alle gibt und die Weißen in Zukunft nicht diskriminiert werden – so wird es sein. Sie wollen Schutz Ihrer Sprache, Ihrer Religion - so soll es sein. All das können wir im Voraus vereinbaren. Und wir können uns auf Grundrechte einigen. Wir im ANC hatten gedacht, fünf Grundprinzipien würden ausreichen – schließlich landeten wir bei 34, manche davon mit Unterabsätzen. Wir erörterten eine ganze Bandbreite von verschiedenen Fragen – wie zum Beispiel Dezentralisierung. Und wir fanden heraus, dass Deutschland uns einiges zu bieten hatte, was Kooperation der verschiedenen Bereiche der Regierung angeht. Über die Bedingungen der 34 Prinzipien, die in der endgültigen Verfassung beherzigt werden sollten, verhandelten wir hart. Wir vereinbarten weiter, dass wir ein Verhältniswahlrecht ohne Mindestquoten haben wollten, so dass selbst kleinste Gruppen repräsentiert wären und am nationalen Projekt teilhaben sollten. Auch winzige Gruppen sollten in der verfassungsgebenden Versammlung vertreten sein, damit sie nicht sagen könnten „das ist nicht unsere Verfassung“. Für die Annahme des Textes war neben der vollen Annahme der 34 Prinzipien eine 2/3 Mehrheit erforderlich.

Wer sollte darüber entscheiden, ob den 34 Prinzipien entsprochen worden war? Da brauchte es einen Verfassungsgerichtshof. Dieser würde sicherstellen, dass die Vorschriften der Übergangsverfassung bezüglich Wahlen, Strukturen der Regierung und Ausübung der Grundrechte beachtet wurden. Und darüber hinaus sollte das Verfassungsgericht, das höchste Gericht im Lande, die besondere Aufgabe haben zu entscheiden, ob die Verfassung verfassungsgemäß war!

Das Parlament hatte zwei Jahre Zeit, eine Verfassung zu entwerfen. Zum Glück war 1996 ein Schaltjahr, man hatte also einen zusätzlichen Tag um fertig zu werden. Spät am Nachmittag des allerletzten Tages der zwei Jahre einigte man sich, und zwar mit einer 80 % Mehrheit, auf die progressivste und zukunftsorientierteste Verfassung der Welt. Der Text wurde dem Verfassungsgericht vorgelegt, und nach 10 Tagen öffentlicher Anhörung entschieden wir dort, dass sie trotz überwältigender Übereinstimmung mit den 34 Prinzipien in neun Punkten diesen nicht entsprach. Die Verfassung wurde an die Verfassungsgebende Versammlung, also das Parlament, zurückgegeben, angepasst und am 10. Dezember 1996 von Nelson Mandela

unterzeichnet und in Kraft gesetzt, und zwar mit einer Zeremonie in Sharpeville, dem Ort eines schrecklichen Massakers einige Dekaden zuvor.

Es ist eine ziemlich fantastische Verfassung. Sie umfasst Diskriminierungsverbote aufgrund sexueller Orientierung. Sie enthält Umweltschutzrechte. Sie enthält sehr starke Arbeiterrechte, da Arbeiter und Gewerkschaften eine sehr wichtige Rolle bei der Überwindung der Apartheid gespielt haben. Es gibt sehr starke Kinderrechte, und Frauenrechte, die vermutlich umfassender sind als in jeder anderen Verfassung auf der Welt. Zum Beispiel umfasst die Definition von Freiheit sowohl Reproduktion als auch das Recht, weder vom Staat noch von Privat Gewalt zu erleiden.

Es ist eine Verfassung mit einer mächtigen, nachhallenden Präambel. Sie handelt von den Ungerechtigkeiten der Vergangenheit und der Notwendigkeit von Veränderung. Es ist eine Verfassung für die Transformation. Das sieht man im ganzen Text, besonders aber an der Präambel. Und in den Grundprinzipien. Ich glaube, in der deutschen Verfassung ist das eine Grundprinzip die Menschenwürde, die auch für uns sehr wichtig ist. Aber unsere Grundprinzipien sehen weiter vor, eine nicht-rassistische, nicht sexistische Gesellschaft aufzubauen. Ich glaube, bisher ist unsere Verfassung die einzige in der Welt, die als Grundprinzip Nicht-Sexismus hat. Ich wünschte, ich könnte sagen, dass das bei uns auch jederzeit funktioniert. Aber auch als Standard, als Referenzpunkt, hat das großen Einfluss. Es geht um das Ziel, das wir erreichen wollen, Abschaffung von Rassismus und Sexismus. Im Endeffekt sagt die Verfassung: „wir leben in einer ungerechten Gesellschaft, und wir müssen sie gerecht machen. Das bedeutet, wir müssen Maßnahmen ergreifen, um sie gerecht zu machen, und das müssen wir auf gerechte Weise tun“. Die Notwendigkeit, Respekt für die Menschen und ihre Würde zu zeigen, ist also mit der Verantwortung für das Verfahren gekoppelt, wie das zu geschehen hat.

Wir haben weiter ein Recht auf gerechtes Verwaltungshandeln – jetzt als verfassungsmäßiges Recht. Und ein Recht auf Information. Es gibt noch eine ganze Reihe ähnlicher Features, die sie zu einer umfassenden fortschrittlichen Verfassung machen.

BJ: Haben Sie etwas aus den Verfassungen anderer Länder übernehmen können?

Zunächst einmal: Wir haben unsere Verfassung selbst entwickelt. Wir hatten keine Ratgeber oder Ähnliches. Der einzige Außenseiter, der mitgearbeitet hat, war ein Kanadier, der Fachmann für verständliche Sprache war. Ich habe gehört, seine Aufgabe sei es gewesen, Sätze kürzer zu machen und technische Gesetzessprache rauszuwerfen wo irgend möglich, so dass alle Menschen die Verfassung verstehen können. Wir haben viel profitiert. Wir haben uns Ideen von allen Kontinenten zu Eigen gemacht. Aus den USA haben wir, würde ich sagen, die Grundidee der Gewaltenteilung mit einer fest verwurzelten Verfassung und starker richterlicher Überprüfung übernommen, sonst aber nicht viel. Aus Kanada haben wir viel aus der Grundrechtecharta übernommen. Die war 1982 vorgelegt worden, und unsere Verhandlungen waren zehn Jahre danach. Die Kanadier haben einen sehr guten Supreme Court, brillant geleitet vom Gerichtspräsidenten Dixon, unterstützt von Richterin Bertha

Wilson. Der Dixon-Wilson Gerichtshof. Deren kreative, moderne, intelligente Sicht fanden wir sehr sehr hilfreich. Unseren Grundrechtekatalog gestalteten wir nach dem kanadischen, indem wir Rechte statuierten und nicht so sehr individuelle Bedingungen vorgaben, sondern mehr grundsätzliche Schranken setzten. Bei der Interpretation der Schranken bedienten sich kanadische Richter des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, den sie aus Deutschland übernommen hatten und häufig anwandten – das wurde auch die Grundlage unserer Grundrechte. Unsere Grundrechte sind aber wesentlich umfassender als ihre. Unsere umfassen sozio-ökonomische Grundrechte und – eine andere starke Seite unserer Verfassung – gerichtlich überprüfbare Rechte z.B. auf Wohnen, Bildung, Gesundheit, Nahrung, Wasser und soziale Fürsorge.

Aus Deutschland haben wir die Idee eines Verfassungsgerichts übernommen, was in den Common Law Ländern nicht bekannt ist. Hoch erfreut habe ich kürzlich von einem Mitglied des Bundesverfassungsgerichts gehört, dass dort bei allen möglichen Fragen die erste ausländische Rechtsprechung, nach der man schaut, die des südafrikanischen Verfassungsgerichts ist. Anfangs, als wir noch die Interimsverfassung hatten, befassten sich unsere ordentlichen Gerichte nicht mit der Verfassung, sondern legten solche Fragen dem Verfassungsgericht vor. Das wurde in der endgültigen Verfassung geändert. Wir hatten festgestellt, dass die Vorlage unpraktisch, künstlich war, und wir wollten, dass sich alle Gerichte die Werte der Verfassung zu Eigen machten. Alle Gesetze sollten im Lichte der Verfassung interpretiert werden. Das Common Law sollte im Sinne der Verfassung weiter entwickelt werden. Die gesamte Justiz sollte davon durchdrungen werden. Das Verfassungsgericht sollte nur das letzte Wort in Verfassungsfragen haben.

Außerdem bekamen wir von Deutschland das Konzept der kooperativen Regierungsführung. Und damit konkurrierende Gesetzgebung zwischen nationaler und örtlicher (Provinz-) Gesetzgebung. Ich habe die Universität Hannover besucht, und Professor Hans-Peter Schneider hat für uns ein riesiges Problem gelöst, ohne dessen Bedeutung für uns zu erkennen. Auf unsere Frage, wie man den Konflikt zwischen Bundes- und Landesgesetzgebung lösen könne, hat er uns erklärt, dass manche Sachverhalte der Bundesebene vorbehalten sind und andere der Länderebene, und dass vieles konkurrierend geregelt ist. Wenn Interessen des Bundes überwiegen, habe dieser Vorrang, und bei überwiegenden Interessen der Länder die Länderebene. Und es gebe Mechanismen, einschließlich der Anrufung des Gerichtes, für den Konfliktfall. Das war entscheidend für den Durchbruch. Das passierte im Rahmen eines Besuches eines Komitees des ANC auf Vermittlung der Friedrich-Ebert-Stiftung zunächst beim Bundesverfassungsgericht, wo wir die Richter trafen, und anschließend dem Besuch der Universität Hannover, wo wir an Seminaren teilnahmen.

In unserer endgültigen Verfassung haben wir auch unsere zweite Kammer der Legislative weitgehend analog Ihrem Bundesrat konzipiert. Statt einen direkt gewählten Senat einzurichten, gibt es eine Repräsentation unserer Provinzen. Sie heißt jetzt National Council of Provinces. Und so übernahmen wir drei Elemente der deutschen Verfassung: Das

Verfassungsgericht, das wir mehr dem kanadischen Supreme Court nachgebildet haben, das Prinzip der kooperativen Regierung statt des kompetitiven Föderalismus' der USA, und schließlich die zweite Kammer.

Aus Indien übernahmen wir die Finanz- und Fiskalkommission. Das ergab sich irgendwie auch, weil einer unserer Unterstützer sich in den Niederlanden in eine Inderin verliebt hat. Er fuhr nach Indien - aus Neugier über deren Verfassung, aber natürlich auch, um seine Liebste zu treffen. Gleichzeitig überlegten wir im ANC, wie wir die Finanzverfassung strukturieren sollten, und wie die Verteilung laufen sollte. In Deutschland gibt es ein mathematisches Modell, ich glaube Steuern werden zentral eingezogen und dann nach einer Formel verteilt. Das würde in Südafrika nicht funktionieren - zum Teil, weil wir nicht so gut im Umgang mit Zahlen sind. Aber wir brauchten auch eine sehr viel dramatischere Rückverteilung, weil die ganze Art, wie unsere Wirtschaft sich entwickelt hatte, auf billiger Arbeitskraft für Städte, Dörfer und Minen usw. beruhte. Also brauchten wir eine Kommission, die nicht nur die verschiedenen Einkommensklassen in den verschiedenen Landesteilen sondern auch die Art, wie unser Land organisiert war, um billige Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen, in den Blick nahm. Das indische Modell der Finance and Fiscal Commission erschien uns attraktiv. Die Mitglieder werden nicht gewählt, sondern sehr sorgfältig ausgewählt. Sie haben keine Entscheidungskompetenz, sondern entwickeln Handlungsrichtlinien für die Regierung, was die Bedingungen der Verteilung von Steuergeldern angeht, um sicher zu stellen, dass die Reichen nicht immer reicher werden, während die Armen immer arm bleiben.

Und schließlich übernahmen wir aus Namibia – frühere deutsche Kolonie mit gerade jetzt einer spannender gerichtlicher Auseinandersetzung über das Verhalten Deutscher Kolonialisten und Soldaten -, das unmittelbar vor der Demokratisierung Südafrikas unabhängig wurde, die Idee einer nicht-rassistischen Demokratie. Und das war das wichtigste Element. Es war der Ansatz Namibias, in einem Land in Afrika, wo es offene Rassendiskriminierung gab, nicht etwa einen Ausgleich zwischen den Rassen zu suchen und damit ethnische Identität festzuschreiben, sondern eine komplett nicht-rassistische, nicht-ethnische, nicht religions- oder glaubensbezogene Verfassung zu haben, die Glauben, Religion, Sprache schützt, aber die Machtstrukturen nicht anhand dieser Begriffe festschreibt.

Es stimmt, dass wir viel von Amerika, Kanada und Deutschland, aus Indien und Namibia profitiert haben. Ich weise immer gern darauf hin, dass die ganze Welt beigetragen hat zu unserer Verfassung. Aber ich sage auch gern, dass der indische Beitrag besonders wertvoll war. Dort ist man derselben Vorstellung gefolgt. Das ist keine Verfassung, die die Briten in London mit ein paar indischen Top-Juristen konzipiert haben, sondern eine, die die Inder in ihrer eigenen Versammlung in eigener Verantwortung geschaffen haben. Und wenn man die ganzen Probleme des Landes sieht, dann hat sich die indische Verfassung bemerkenswert

gut gehalten: es ist eine sehr robuste Demokratie. Ich glaube nicht, dass man das von anderen Verfassungen der Welt sagen kann. Aus Indien haben wir den zweiteiligen Prozess der Verfassungsgebung und die Finance and Fiscal Commission übernommen.

Wir haben auch das sehr interessante Kapitel 9 unserer Verfassung entwickelt: Es ist überschrieben Institutions for the Protection of Democracy, Institute zum Schutz der Demokratie. Das hat meines Wissens keine andere Verfassung der Welt.

Die unabhängige Wahlkommission ist eine Behörde zur Überwachung des Wahlrechts.

Und dann haben wir die Servicekommission für die Justiz - Judicial Service Commission. Die wählt die Richter aus. Sie ist im Parlament repräsentiert. Der Präsident Südafrikas hat bestimmte Rechte, was die Auswahl des obersten Richters angeht, jedoch immer nach Vorschlag der Justizkommission.

BJ: Wer wählt denn die Mitglieder dieser Kommission aus? Und wie setzt sie sich zusammen?

Nun, das ist eine breit gefächerte Besetzung. Die juristische Zunft wählt vier Mitglieder, die Rechtswissenschaft eins, der Präsident ernennt vier Rechtsexperten. Glücklicherweise hat Mandela vier wundervolle Menschen ausgesucht – und sie müssen klug sein, denn sie haben mich ausgesucht. Das zeigt, wie brillant sie sind. Der Oberste Richter - Chief Justice – leitet die Kommission. Und das Parlament entsendet 10 Mitglieder nach Proporz. Im Großen und Ganzen hat das gut funktioniert. Die Richterschaft, die wir jetzt haben, spielt eine sehr wichtige Rolle in unserer Gesellschaft, insbesondere wenn es um die Bekämpfung der Korruption und um Verstöße der obersten staatlichen Repräsentanten einschließlich des Präsidenten gegen die Verfassung geht. Und die Justiz hat auch das Parlament verpflichtet, seiner Pflicht zur Kontrolle des Präsidenten nachzukommen.

Aber zurück zu den Institutionen zum Schutz der Demokratie. Die Kommission für Menschenrechte, die für Gleichstellung der Geschlechter, die für Sprache, Kultur und Religionsfreiheit sind alle in der Verfassung verankert. Sie werden vom Parlament besetzt nach öffentlichen Auswahlverfahren, und die Zusammensetzung kann nur mit sehr großer Mehrheit geändert werden. Das ist für uns lebenswichtig. Die beiden wichtigsten waren die Justizkommission, die in der Auswahl der Richter unabhängig ist, und die Wahlkommission.

Und der Rechnungsprüfer ist geschützt, ein anderes wichtiges Element unserer Verfassung.

Interessant ist auch der Abschnitt über die Sicherheitsdienste. Denn die Vorstellung „nur nach Befehl gehandelt zu haben“ ist nicht akzeptiert. Es ist ganz klar, dass alle Sicherheitsdienstleister an die Werte und Prinzipien der Verfassung gebunden sind. Es gibt auch eine gewisse parlamentarische Kontrolle der Geheimdienste. Selbst das Militär ist an die Verfassung gebunden. Als die Frage nach der Koalitionsfreiheit der Militärangehörigen aufkam – einer der ersten Fälle des Verfassungsgerichts – haben wir entschieden, dass Soldaten Arbeitnehmer sind und Arbeiterrechte haben, allerdings kein Streikrecht, aber gewerkschaftliche Repräsentanz haben dürfen, um über ihre Arbeitsbedingungen zu

verhandeln. Das Streikrecht ist in der Verfassung geschützt, aber wir waren der Meinung, dass die Verweigerung eine vernünftige Beschränkung sei. Soldaten dürfen also nicht streiken, aber sie dürfen Petitionen einbringen, klagen, über Arbeitsrechte verhandeln. Ich erinnere mich an eine Debatte im ANC mit Kollegen, wo ich mir selbst gesagt habe, dass wir im ANC während des Freiheitskampfes unsere Soldaten als denkende Soldaten angesehen haben. Erst denken, dann Waffen tragen. Beim Regime war es anders herum: da hatten die Soldaten den Befehlen zu gehorchen. Also die traditionelle Auffassung. Während unsere Verfassung unterstellt, dass unsere Soldaten ihr Gehirn und ihr Mitgefühl nicht zu Hause lassen, wenn sie Soldaten werden. Die Verfassung verlangt von ihnen zu denken. Dafür sind sie Soldaten.

BJ: Ich hätte gerne noch ein paar Informationen über das Verfassungsgericht, dessen Mitglied Sie ja von der Stunde Null an viele Jahre waren ...

Wir waren letztlich zu 11 Richtern, das ist ein ziemlich großes Gericht. Wir halten mündliche Verhandlungen in allen Rechtsgebieten ab. Die Mindestbesetzung besteht aus acht Richtern. Wir entscheiden mit einfacher Mehrheit, jeder Richter / jede Richterin sagt seine Meinung. Häufig schreiben wir abweichende Meinungen oder auch abweichende Begründungen für dasselbe Ergebnis. Bei den ersten 11 waren sechs weiße Männer, eine weiße Frau, eine schwarze Frau, zwei schwarze Männer und ein Inder. Einer der sechs weißen Männer war der oberste Richter Arthur Chaskalson, der Anwalt gewesen war. Ein brillanter Mann. Er hatte seine private Praxis verlassen, um ein Zentrum für Klageverfahren im öffentlichen Interesse aufzubauen, das heute noch gut läuft. Ich selbst hatte als Anwalt in Kapstadt gearbeitet, habe dann Rechtswissenschaften in England und Mosambik unterrichtet und dann als Professor der Rechte hauptberuflich an der Verfassung gearbeitet. Catherine O'Regan und Yvonne Mokgoro waren Universitätsdozentinnen. Das war neu in Südafrika: bei uns gab es keine Tradition, akademische Lehrer als Richter einzusetzen. Und wir alle waren absolute Fans der neuen Verfassung. Wir waren also keine normalen Vertreter der Justiz. Wir waren ziemlich Avantgarde. Einige von uns waren unmittelbar involviert gewesen im Freiheitskampf, andere hatten nur als Anwälte mitgemacht, andere – wie ich selbst – waren selbst im Widerstand gewesen. Wieder andere hatten den Widerstand unterstützt, aber nur in ihrer Eigenschaft als Juristen. Und noch andere waren nur progressive eingestellte Richter gewesen, die aufgeschlossen waren für die Bedeutung von Rasse und Geschlecht. Und als es zur Frage der Todesstrafe kam, waren wir einstimmig dagegen. In unserem allerersten Fall ging es um die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe.

BJ: Ich habe mich gewundert, warum die Todesstrafe nicht ausdrücklich in der Verfassung abgeschafft wurde, wie es bei uns in Deutschland im Grundgesetz geschehen ist?

Während der Verhandlungen über die Verfassung konnten wir dazu keine Übereinstimmung erzielen. Der ANC war für Abschaffung. Das alte Regime, das für sich in Anspruch nahm, die westliche Zivilisation zu repräsentieren, konnte sich ein Land nicht vorstellen, das darauf verzichtete, seine Bürger zu exekutieren. Also beschlossen wir, die Entscheidung dem Verfassungsgericht zu überlassen. Im Verfassungsgericht haben wir nie über Rechtsfragen

gesprächen, bevor sie uns vorlagen. Wir wussten also nicht, wo die Kolleginnen und Kollegen standen. Aber als wir nach der mündlichen Verhandlung in die Beratung gingen, fanden wir sehr schnell heraus, dass wir einstimmig die Todesstrafe für verfassungswidrig erachteten, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen.

Das ist ein Charakteristikum unseres Gerichts, dass wir jeden Fall durcharbeiten, in offenen Diskussionen rundum. Wir hatten Mitarbeiter, jeweils für ein Jahr, die meist direkt von der Universität kamen. Das ist für sie ein hervorragendes Training. In meinem Fall hatten sie eine wichtige Rolle: sie mussten meine Brille suchen, meine Papiere organisieren, mich erinnern, welches Datum wir hatten und ja, auch ein bisschen für mich recherchieren. Ich war 15 Jahre Verfassungsrichter, und erst in den letzten ein oder zwei Jahren habe ich einigen von ihnen zugestanden, mir tatsächlich bei der Formulierung eines Urteils zu helfen. Ich habe festgestellt, dass ich selbst bei der Feststellung des Sachverhaltes meine eigene Art hatte, mich auszudrücken. Aber alles in allem waren die Mitarbeiter großartig. Die meisten waren Südafrikaner, aber es kamen auch einige aus anderen Teilen der Welt. Einer der hilfreichsten kam aus Berlin, Felix Oelkers. Einige aus dieser ersten Generation sind inzwischen selbst Richter in Südafrika, davon einer als Verfassungsrichter. Ich hoffe, dass das Gericht die Übung fortsetzt, alles gemeinsam durchzudiskutieren.

Chief Justice Chaskalson hat ein grandioses Urteil zur Todesstrafe geschrieben – sein erstes Urteil überhaupt, denn er war nie zuvor als Richter tätig. Das ist ein Klassiker. Und im Grunde hat er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in unsere Rechtsprechung eingeführt. Ich selbst hatte vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Professor Dieter Grimm gehört, noch bevor ich Richter wurde. Für uns war das eine völlig neue Rechtsfigur.

Verhältnismäßigkeit der Mittel kannten wir von der Notwehr, aber als rein strafrechtliches Konzept. Und jetzt wurde der Grundsatz schnell zentral für die Rechtsprechung unseres Gerichts. Bei der Todesstrafe benutzten wir ihn als die Basis, im Wesentlichen argumentierten wir, dass die Todesstrafe außergewöhnlich drastisch sei und unumkehrbar im Falle eines Fehlurteils, dass sie in rassistischen Stereotypen gefangen sei und so weiter. Und da nicht erwiesen sei, dass sie mehr abschreckende Wirkung habe als eine lange zeitige Freiheitsstrafe, bestehe sie den Test der Verhältnismäßigkeit nicht. Das wurde die Grundlage der Entscheidung. Ich war damit nicht glücklich. Im Ergebnis stimmte ich zu, aber die Begründung war nicht meine. Selbst wenn die Todesstrafe sich als viel wirksamere Abschreckung für einzigartig grässliche Straftaten erweisen sollte, wollte ich sagen, dass unsere Verfassung sie verbietet, einfach weil sie inhuman ist. Der Staat sollte keinen Menschen kaltblütig töten. Wie einer meiner Richterkollegen sagte: die Verhängung der Todesstrafe ist keine Strafe für ein Verbrechen sondern Wiederholung der Tat. Ein anderer wies darauf hin, dass es keine Abstufungen des Todes gibt. Ich stimme dem zu: meiner Meinung nach war es unverhältnismäßig, wenn der Inhaber des Rechts vollständig ausgelöscht wurde. Die Begründung meiner Entscheidung lag also nicht im Mangel des Nachweises der abschreckenden Wirkung sondern im Aufrechterhalten des Bekenntnisses der Verfassung zu menschlicher Würde und Leben, eine Vorstellung die im deutschen Denken der Nach-Hitler-Zeit große Bedeutung hat. Ich wollte also meine Meinung in einer

eigenen Begründung für die gemeinsam beschlossene Verfassungswidrigkeit ausdrücken und stellte fest, dass alle meine Kollegen selbst ebenfalls abweichende Begründungen für das übereinstimmende Ergebnis schreiben wollten. Noch jetzt, zwei Dekaden später, spüre ich die Gefühle von damals. Das Ergebnis waren zehn verschiedene Begründungen.

Ein Thema, das als ganz wichtig hervortrat, war das Thema Ubuntu. Meine Kollegin Yvonne Mokgoro war diejenige, die das am intensivsten diskutierte. Und sechs andere Begründungen nahmen darauf Bezug. Ubuntu ist ein afrikanisches Konzept der gegenseitigen Abhängigkeit der Menschen und der Verantwortung, die wir füreinander tragen: Ich bin eine Person, weil Du eine Person bist. Mein Menschsein kann ich von Deinem nicht trennen. Ich bereichere mein Menschsein durch den Respekt vor Deinem Menschsein. Das ist ganz anders als die liberalistische Sicht, dass man ein Recht darauf hat, in Ruhe gelassen zu werden. Es bedeutet, dass wir alle voneinander abhängig sind. Und Ubuntu ist darüber hinaus gewachsen, nur ein Teil der philosophischen Begründung für die Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe zu sein. Ubuntu beeinflusst viele andere Bereiche der Rechtsprechung unserer Gerichte in Südafrika.

BJ: Das erinnert mich an die Wahrheits- und Versöhnungskommission – in deren Philosophie spielt doch sicher ebenfalls Ubuntu eine große Rolle?

Oh ja. Die Übergangsverfassung sagt ausdrücklich, dass wir mit den Verbrechen der Vergangenheit, den rechtswidrigen Verletzungen von Rechten in der Vergangenheit nicht im Geist der Rache und des Heimzahlens, sondern im Geist von Versöhnung und Ubuntu umgehen sollten. Das war keine Erfindung der Autoren der Verfassung sondern ein philosophischer Ansatz, der tief verwurzelt ist im Leben in Afrika. Für mich liegt seine Bedeutung darin, humane Wurzeln für unsere neue Verfassungsordnung nicht in importierten und oft aufgetroffenen kolonialen Vorstellungen sondern in profunden afrikanischen Vorstellungen menschlicher Solidarität zu finden.

Bei einem Besuch in den USA fand ich, dass viele meiner Kollegen mit ziemlicher Heftigkeit gegeneinander stritten: Kommunitaristen gegen Libertäre. Ich konnte die Kritik, die jede Seite an der anderen hatte, jeweils teilen. Die Libertären sagten, dass die kommunitäre Sicht Individualität, Autonomie, Wahlfreiheit unterdrücke. Und zweifellos sind kommunitäre Vorstellungen seit Langem in sogenannten sozialistischen Ländern benutzt worden, um Redefreiheit und Versammlungsfreiheit usw. zu unterdrücken. Aber gleichzeitig stimmte ich mit der Kampfansage der Kommunitären überein, dass der libertäre Ansatz Individuen als einsame Atome in Konkurrenz miteinander wahrnimmt. Das war unrealistisch. Wir leben in Gemeinschaften, in Nachbarschaften, Familien, Glaubensgemeinschaften, Vereinen. Also habe ich in die amerikanische Debatte die Vorstellung von Dignitarianismus eingebracht, dass also Würde Autonomie und Respekt vor der Wahlfreiheit der Menschen voraussetzt, aber das sie genauso Gemeinschaft voraussetzt, weil man seine Würde nicht zum Ausdruck bringen kann, wenn man allein ist. Und das passt sehr gut zur Vorstellung von Ubuntu in Südafrika. Das hat große Bedeutung für Fragen wie die nach dem Verbot von

Hasspropaganda. Es hat zu tun mit Interdependenz. Wir würden die Art von Aussagen nicht erlauben, die die amerikanischen Gerichte tolerieren.

BJ: Hate Speech, Hasspropaganda schließt die südafrikanische Verfassung ausdrücklich von der Redefreiheit aus. In Deutschland gibt es Ähnliches betreffend NS Propaganda, z.B. das Leugnen des Holocaust...

Das ist natürlich eine schwierige Sache. Heutzutage tritt Hasspropaganda in den Sozialen Medien ans Licht. Unser Ausgangspunkt war, dass es in unserem Land so viel Schmerz gegeben hat, der auf Rassismus beruht - Verhöhnung schwarzer Menschen als Affen ist total inakzeptabel und muss unterdrückt werden, sonst könnte das das Land zur Explosion bringen. Das ist nicht nur beleidigend, das attackiert die Menschenwürde.

BJ: Im Zusammenhang mit dem Gesetz zu den traditionellen Gerichten - Traditional Courts Bill – habe ich eine Äußerung von Aninka Claassens gelesen, dass die traditionellen Werte und Verfahrensweisen, nach denen die Mehrheit der Südafrikaner tatsächlich lebe, im Recht des neuen Südafrika nicht hinreichend repräsentiert seien. Wie steht die Verfassung zum traditionellen Gewohnheitsrecht?

Im Gegenteil, wir haben Gewohnheitsrecht ausdrücklich als Rechtsquelle mit aufgenommen, mit dem gleichen Status wie das Recht, das wir von England oder den Niederlanden übernommen haben. Aninka Claassens, die einer unserer brilliantesten Forschungseinrichtungen vorsteht, hat dem Verfassungsgericht ihre volle Unterstützung gegeben, wie es das Konzept des lebenden Gewohnheitsrechts entwickelt hat. So hatten wir zum Beispiel einen Fall, wo es darum ging, wie man das Gewohnheitsrecht anwendet: Ein Mann war verstorben, der mit Frau und zwei Töchtern in einem kleinen Haus zusammen gelebt hatte. Zu ihrem Entsetzen nahm der Vetter des Mannes ihnen das Haus weg und verkaufte es, um die Beerdigungskosten zu decken. Er berief sich darauf, dass nach dem Gewohnheitsrecht er als nächster männlicher Verwandter Erbe sei und mit dem Eigentum machen könne was er wolle. Die Sache kam vor Gericht und schließlich zu uns. Wir entschieden, dass das traditionelle Recht nicht statisch ist, sondern dass die Regeln, die im Apartheidsstaat / in der Kolonialzeit von rassistischen Magistraten manchmal im Zusammenwirken mit autokratischen traditionellen Führern aufgestellt wurden, verändert werden müssen, um mit den neuen Lebensbedingungen der Afrikaner in Übereinstimmung gebracht zu werden. Frauen verdienen heute ihren Lebensunterhalt selbst, manche werden sogar Richterinnen. Eigentumsverhältnisse waren anders, Familien und Werte waren anders. Die Lebendigkeit und Angemessenheit des Gewohnheitsrechts hängt von seiner Fähigkeit ab, sich zu entwickeln und mit der sich verändernden Natur der afrikanischen Gesellschaft Schritt zu halten. Die Verfassung verlangt von den Gerichten, Gewohnheitsrecht ebenso wie Common Law weiter zu entwickeln, um es mit den Grundrechten auf Linie zu bringen. Ebenso wie wir in einem früheren Fall das Common Law Vergehen Sodomie für verfassungswidrig erklärt hatten, so erklärten wir die männliche Primogenitur – Erbrecht des nächsten männlichen Verwandten - aus dem afrikanischen Gewohnheitsrecht für verfassungswidrig. Wir als Richter sahen es nicht als unsere Aufgabe an, das Erbrecht für die

Menschen, die nach traditionellem Gewohnheitsrecht leben, umzuschreiben, sondern wir überließen es dem Parlament, das durch verfassungskonforme Gesetzgebung zu tun.

Ich möchte abschließen mit einem sehr interessanten Fall einer ländlichen Gemeinschaft, die eine Frau als ihren neuen traditionellen Führer haben wollte. Die königliche Familie des Stammes war einverstanden. Sie beriefen eine Volksversammlung ein, die ebenfalls zustimmte. Aber im letzten Moment vor seinem Tod änderte der bisherige Führer seine Meinung und bestimmte seinen Sohn zum Nachfolger. Und als der Staat dann formell die Frau als Führerin bestätigte, rief der Sohn den High Court an. Der High Court und danach der Supreme Court – das Berufungsgericht – akzeptierten seine Rechtsauffassung, dass man nach traditionellem Recht als traditioneller Führer geboren wird und nicht gewählt werden kann, und dass außerdem das traditionelle Gewohnheitsrecht dem Prinzip Primogenitur folge bei der Bestimmung, wer der nächste traditionelle Führer zu sein habe. Der Fall kam schließlich vor das Verfassungsgericht. Bei der mündlichen Verhandlung war der Zuschauerraum voll mit Frauen, die in einem Bus angereist waren, in dem sie auch übernachteten, und die den Saal von 10 bis 11.15 Uhr zur Teepause füllten. Nach der Pause ab 11.30 kamen andere Frauen, die in einem zweiten Bus gekommen waren, und hörten zu. Für uns Richter war es wunderbar, sie dort sitzen zu sehen. Und am Ende des Tages sprach der Vorsitzende Richter Pius Langa sie persönlich in ihrer Sprache an und dankte ihnen sehr dafür, dass sie so geduldig und mit großer Würde der Verhandlung zugehört hatten, die nicht in ihrer Sprache und oft sehr von Fachausdrücken durchsetzt geführt wurde. Da hatte ich das Gefühl, das ist das Gericht, an dem ich gerne Richter bin, wo die Bürgerinnen und Bürger kommen können und intensiv die Argumente verfolgen können, und wo ihnen der oberste Richter mit Respekt begegnet. Das Urteil, das wir einige Wochen später sprachen, betonte die lebendige Natur des Gewohnheitsrechts. Wir sagten einstimmig, wenn die Gemeinschaft eine Frau zum neuen traditionellen Führer wählen wollte, dann muss sich das Recht dahin gehend entwickeln, dass das möglich ist. Das Spannungsverhältnis zwischen den alten Regeln des Gewohnheitsrechts und dem Prinzip der Gleichberechtigung von Mann und Frau wurde nicht dadurch gelöst, dass man das alte Recht mit der Verfassung erschlug, sondern durch die Weiterentwicklung des Gewohnheitsrechts. Nur so kann traditionelles Recht der Verknöcherung entgehen und im Kontakt mit den Menschen bleiben. Aninka war in der Tat sehr besorgt über die Art und Weise, wie der Gesetzentwurf der Traditional Courts Bill traditionelle Gerichte einzurichten beabsichtigte. Sie hatte den Eindruck, dass man anstatt das Prinzip des lebenden Gewohnheitsrechts einzubauen auf patriarchalische Traditionen zurückfallen wollte und eine Art Feudalrecht für einige wenige Herrscherfamilien bestätigen wollte. Deshalb stand sie in starker Opposition zu diesem Gesetzentwurf. Der Gesetzentwurf liegt jetzt wieder dem Parlament vor. Es wird spannend sein zu sehen, ob der Wechsel in der Führung des ANC von Jacob Zuma zu Cyril Ramaposa einen Einfluss auf die Einstellung der herrschenden Partei im Parlament zu solchen Themen haben wird.

Das Gespräch führte Andrea Kaminski am 2.2.2018 via Skype

Siehe auch:

Sandile Ngcobo, Vergebung und Recht: Der Aufbau des neuen Südafrika, BJ 2016, S. 129 ff
(zur Wahrheitskommission)

Ralph Zulman, Zurück zur Stammesjustiz? – Das Traditional Courts Gesetz Südafrikas, BJ 2013
S. 122 ff