

denn die Gründungsbedingungen des Verfassungsstaates sind grundsätzlich verschieden. Irving beschreibt einen offenen und über etwa zwei Jahrzehnte währenden Diskurs, der schließlich – die Magie des *fin de siècle* nutzend – in einer als Volksfest begangenen Gründung eines Bundesstaates mündete. Das hat in der wechselvollen Verfassungsgeschichte Deutschlands keine Parallele. Übrigens: Auch die farbenfroh geschilderte Szenerie der Gründungsfeierlichkeiten mit ihrem "*habitual disregard for authority*" (S. 22) erscheint als Ausdruck einer voll entwickelten Bürgergesellschaft vor allem dann beeindruckend, wenn man sie mit den salbungsvollen Selbstinszenierungen der "vollsäftigen" (Otto Mayer) deutschen Monarchie in der Zeit zur vergangenen Jahrhundertwende kontrastiert.

Jörg Menzel

Nikolaus Holzer

Integration durch Verfassung

Das Beispiel der Verfassungsgebung in der Republik Südafrika
Selbstverlag, Mainz 1999, 183 S.

Holzers Arbeit ist eine von nunmehr fast einem Dutzend deutscher Monographien, welche sich mit dem neuen Verfassungsrecht der Republik Südafrika befaßt, etwa sechs Jahre nach Inkrafttreten der ersten demokratischen Verfassung, der Übergangsverfassung vom 27. April 1994 (ÜV), und etwa zehn Jahre nach dem durch die Freilassung Nelson Mandelas aus dem Victor Verster-Gefängnis in der Kapregion am 11. Februar 1990 eingeleiteten Demokratisierungsprozeß. Die Arbeit hat den Anspruch, diese verfassungsrechtliche Umbruchphase bis zum Inkrafttreten der sog. endgültigen Verfassung Südafrikas am 4. Februar 1997 (endgV) aus dem Blickwinkel der Integrationslehre Rudolf Smends zu untersuchen.

Sie gliedert sich in einen Ersten Teil (S. 9-43), der nach einer allgemeinen Einleitung "in die Welt der Integrationslehre Rudolf Smends ein[führt]" (S. 9), einen Zweiten (S. 43-131), der ausführlich den unter erheblicher Beteiligung der Bevölkerung und ausländischer – nicht zuletzt deutscher – Berater bewerkstelligten Prozeß der Verfassungsgebung in der Republik Südafrika (S. 43-99) und das Ergebnis dieses Prozesses, die endgültige Verfassung, in gedrängter Form (S. 99-131) darstellt. Der Dritte Teil ist der eigentliche Kern der Arbeit und beschäftigt sich mit der Smend'schen Integrationslehre *en détail* samt Stellungnahmen des Schrifttums zu dieser Lehre und ihrer Anwendung auf den Verfassungsgebungsprozeß in Südafrika (S. 131-178). Der Vierte Teil (im Inhaltsverzeichnis taucht dieser Vierte Teil nicht auf und es wird sofort auf den Fünften übergegangen) schließt mit einem Resümee der gefundenen Ergebnisse (S. 178-183). Der Verfasser gliedert im Dritten Teil der Arbeit nach Smend in die vorbereitende Phase, die er in der Republik Südafrika in

der vor-verfassungsgebenden Phase, der Ausarbeitung der ÜV durch die Convention for a Democratic South Africa (CODESA) und schließlich dem Entwerfen der endgV durch die Verfassungsgebende Versammlung (Constitutional Assembly) erkennt (S. 132-134).

Der Verfasser prüft das Vorliegen der für das Smend'sche Verfassungsverständnis maßgeblichen "Werte ersten Grades", Präambel, Menschenrechte, Staatsgebiet, Prinzip der Staatsform sowie die Nationalflagge, die durch die zweitrangige Ordnung lediglich ausformuliert werden, im südafrikanischen Kontext und hat keine Schwierigkeiten, dies zu bejahen (S. 134-142). Insbesondere die Einheitlichkeit des Staatsgebietes gibt zu keinen Zweifeln Anlaß, da sowohl die separatistischen Bestrebungen der Freedom Front zur Bildung eines Afrikaner-Volksstaat als auch der Inkatha Freedom Party KwaZulu-Natals schließlich erfolgreich eingedämmt werden konnten. Zutreffend gegenübergestellt ist auch das alte formalistische und neue – aus der ÜV und endgV herleitbare – Verfassungsverständnis (S. 142-144).

Zuletzt wendet er sich dem Smend'schen Staat zu, dessen "Geburt", die in Verfassungsstaaten durch die Kodifizierung politischer Leitbilder in einer Verfassungsurkunde erfolgt (im Falle Südafrikas vornehmlich in der Präambel und in Section 1 der endgV zu finden), und dessen "Leben" (S. 144-167). Dabei bildet schließlich die "innere Seite" des Staates im Gegensatz zur statischen "äußeren" die eigentliche Aussage der Integrationslehre, nämlich die "innere [...] Erfahrungswelt der in diesem 'Staat' lebenden Menschen" (S. 152). Der Verfasser definiert nachfolgend den Begriff der Integration, stellt verschiedene Integrationstypen vor und erläutert sie anhand von Beispielen in der Person Nelson Mandelas, dem erstmaligen Gewinn der Rugby-Weltmeisterschaft durch Südafrika 1995 und dem Tragen von traditionellen Waffen der Zulus (S. 153-167).

Mit der Anwendung der Integrationslehre auf den verfassungsgebenden Prozeß in Südafrika sollte ihre "Validität" überprüft werden (Vorwort S. 2). Dieses Vorhaben gelingt nur unter Vorbehalten. Gut und verständlich aufbereitet ist zunächst die Integrationslehre Smends, die der Verfasser als Ausgangspunkt seiner Arbeit wählt. Er setzt die in der Phase ihrer Begründung von Smend ab 1928 als Gegenpol zum damals in der deutschen Staatstheorie und Verfassungslehre vorherrschenden Ansatz des Gesetzespositivismus im Richtungsstreit der Weimarer Staatslehre auf der Seite des Antipositivismus aufgebaute Lehre in Beziehung zum gesellschaftlich-politischen Umfeld vom Übergang der hierarchischen Monarchie zum parlamentarisch-demokratischen System Weimars (inklusive der Gründe für das Scheitern der Weimarer Republik aus Sicht der Integrationslehre) und zu den relevanten rechtsphilosophischen Strömungen. Der Verfasser verliert dabei die Kernaussage der Integrationslehre Smends nie aus den Augen (vgl. S. 18, 35 f., 134 f., 144 ff.): Der als dynamisch verstandene Prozeß des (demokratischen Verfassungs-) Staatswerdens gipfelt in der Schaffung einer höchstrangigen Normordnung durch das Volk, in dem "sich [die] Menschen [...] zu einem Ganzen integrieren" (S. 18), die sich aber gleichzeitig aufgrund des gesellschaftlichen Wandels ständig rechtfertigt und rechtfertigen muß, nicht zuletzt gegenüber dem Naturrecht, "das gerechtigkeitsfeindlichen Gesetzen die Geltung versagt" (so der auf S. 27 f. wiedergegebene berühmte Ausspruch Gustav Radbruchs, der sein aller-

dings positivistisches Staatsverständnis ebenfalls explizit durch diese Geltungssperre begrenzt sah).

So vertraut der Verfasser zweifelsohne mit dieser Materie ist, so bereitet ihm doch die Aufbereitung der relevanten südafrikanischen Gegebenheiten Schwierigkeiten. Dies betrifft nicht nur die gesellschaftlichen Realitäten. So hatte z. B. die farbige im Gegensatz zur schwarzen Bevölkerung aus anderen Gründen schlechtere Ausbildungschancen als der Tatsache, daß sie des Afrikaans, der Sprache der weißen Unterdrückter der während der Apartheid regierenden National Party (NP), nicht mächtig sind (vgl. S. 115). Für den ganz überwiegenden Teil der vornehmlich in den heutigen Provinzen des Western Cape und Northern Cape lebenden farbigen Bevölkerung ist sie sogar Muttersprache.

Unsicherheiten treten bei der an sich schon auf S. 86 beginnenden Beschreibung der wesentlichen Elemente der endgV hervor. Sie beginnt hier, weil die Vorstellung des südafrikanischen Verfassungsgerichts, welche wegen dessen Funktion als Institution, die die Übereinstimmung des Entwurfs der endgV mit den 34 Verfassungsprinzipien der ÜV festzustellen hatte, zum Abschnitt über den Verfassungsgebungsprozeß vorgezogen worden ist. Holzer stellt exemplarisch die noch unter dem Regime der ÜV ergangene Entscheidung des südafrikanischen Verfassungsgerichts über die Todesstrafe in *S v Makwanyane* (BCLR 1995 (6) 665 (CC)) heraus. Das Verfassungsgericht hat jedoch nicht, wie vom Verfasser angenommen, die Verfassungswidrigkeit der Todesstrafe in erster Linie deshalb festgestellt, weil sie mit dem Recht auf Leben (Section 9 ÜV) unvereinbar ist, sondern weil sie vornehmlich wegen des sog. "death row phenomenon", der Unumkehrbarkeit vollstreckter Fehlurteile und der unausweichlichen Willkürlichkeit der verhängten Todesstrafe gegen das Verbot der grausamen, unmenschlichen und erniedrigenden Strafe ("cruel, inhuman and degrading punishment" – Section 11 (2) ÜV) verstößt. Erst zur Verstärkung des Schutzbereichs dieses Grundrechts und im Rahmen der Schrankenprüfung zieht Chaskalson P, mit dessen Urteil sämtliche Richter des Gerichts übereinstimmen, das in Section 10 ÜV geschützte Recht auf Menschenwürde (*S v Makwanyane*, a.a.O., paras 57 ff.) und das Recht auf Leben (a.a.O., paras 80 ff.) heran, läßt aber ausdrücklich offen, ob diese Grundrechte ebenfalls verletzt sind (a.a.O., para 146). Lediglich eine Minderheit von Richtern, welche sämtlich zustimmende Voten verfaßt haben, stellt ausdrücklich auch einen Verstoß gegen das Recht auf Leben fest (so Didcott J, Kriegler J, Langa J und O'Regan J).

Der Verfasser verkennt bei seiner Beschreibung der seiner Ansicht nach wichtigsten Elemente der endgV die Funktion der 34 Verfassungsprinzipien und des weltweit bisher einzigartigen Verfahrens der Zertifizierung eines Verfassungsentwurfs durch ein (Verfassungs-)Gericht. Das südafrikanische Verfassungsgericht hatte dazu die Übereinstimmung des Entwurfs der endgV mit diesen Prinzipien festzustellen (vgl. Section 71 (2) ÜV), was erst im zweiten Anlauf mit dem *Second Certification*-Urteil gelang (*Ex parte Speaker of the Constitutional Assembly: In re: Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 BCLR 1991 (1) 1 (CC)).

Das Verfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zutreffenderweise dargelegt, daß die Vorschriften der ÜV nicht an den Verfassungsprinzipien zu messen sind, denn sie sind

allein geschaffen worden, um der Gestaltungsfreiheit der Verfassungsgebenden Versammlung bei der Ausarbeitung der endgV bestimmte absolute Grenzen aufzugeben, vgl. nur *The Executive Council of the Western Cape Legislature and Others v The President of the Republic of South Africa and Others* BCLR 1995 (10) 1289 (CC) paras 24-41; *Premier of KwaZulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa* BCLR 1995 (12) 1561 (CC) para 12. Nur sie, kein anderes Recht, mußte mit den Verfassungsprinzipien in Einklang stehen. Dagegen geht Holzer, S. 58, davon aus, sie seien auch "absolute[r] Maßstab für die Auslegung der Übergangsverfassung". Den Provinzverfassungsentwurf KwaZulu-Natal prüfte das Verfassungsgericht nach Section 160 (3) ÜV nicht nur – wie vom Verfasser auf S. 91 angenommen – nach Maßgabe der Verfassungsprinzipien (*Ex parte Speaker of the Provincial Legislature KwaZulu-Natal: In re: Certification of the Constitution of the Province of KwaZulu-Natal*, 1996 BCLR 1996 (11) 1419 (CC)).

Weiterhin schließt Holzer eine Nichtigkeitserklärung aus materiell-rechtlichen Gründen eines verfassungsändernden Gesetzes, welches "z. B. die Aufteilung Südafrikas in eigenständige Länder" (S. 101) – besser: Provinzen – vorsieht, nicht aus und argumentiert, das Verfassungsgericht könnte ein solches verfassungsgesetzgeberisches Vorgehen wegen des Fehlens einer dem Art. 79 Abs. 3 GG vergleichbaren Ewigkeitsklausel in der endgV nur unter Rückgriff auf die Verfassungsprinzipien verhindern. Die Schlüsselpassagen im *First Certification-Urteil* (*Ex parte Speaker of the Constitutional Assembly: In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 BCLR 1996 (10) 1253 (CC) para 18) sind jedoch insoweit eindeutig. Sobald das Verfassungsgericht die Vereinbarkeit des Verfassungsentwurfes mit den 34 Verfassungsprinzipien festgestellt hat, kann die (Un-) Vereinbarkeitsfrage in Zukunft nie mehr gestellt werden (a.a.O.), auch nicht bei verfassungsändernden Gesetzen. Die einzige Fortwirkung der Verfassungsprinzipien, so das Verfassungsgericht, besteht in der Notwendigkeit der Anwendung der Methode der "verfassungsprinzipienkonformen" Auslegung (*First Certification-Urteil*, a.a.O., paras 42f.). Den von Holzer konstruierten Fall würde das südafrikanische Verfassungsgericht voraussichtlich nach Maßgabe der sog. "*basic structures-doctrine*" des indischen Supreme Court (*Indira Nehru Gandhi v Raj Narain* (1975) SC 2299, 2461) lösen, nach der auch formell einwandfreie verfassungsändernde Gesetze trotz Fehlens einer "Ewigkeitsklausel" wie die des Art. 79 Abs. 3 GG ungültig sein können, wenn sie gegen fundamentale Strukturprinzipien der Verfassung verstoßen, eine "Änderung" ("amendment") der Verfassung im Wortsinne also nicht mehr vorliegt (dies klingt in *Executive Council of the Western Cape* a.a.O., para 204 per Sachs J bereits an; deutlicher insoweit *The Premier of KwaZulu-Natal and Others v The President of the Republic of South Africa and Others* BCLR 1996 (12) 665 (CC) paras 47-49).

Hinsichtlich des kaum noch umstrittenen Problems der Drittwirkung von Grundrechten kann keinesfalls die Rede davon sein, die bloß mittelbare Drittwirkung stehe "nun klar und eindeutig fest" (S. 106). Das südafrikanische Verfassungsgericht hatte sich zwar im Fall *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* BCLR 1996 (5) 658 (CC) wohl zu Recht wegen des nicht eindeutigen Wortlauts von Section 7 (1) ÜV nur zur mittelbaren Drittwirkung

durchgerungen. Angesichts des von Section 7 (1) ÜV abweichenden Wortlauts von Section 8 (2) endgV ist die Problematik aber nunmehr zugunsten einer unmittelbaren Drittwirkung ("direct horizontal application") gelöst worden.

Der zweifellos bestehende Einfluß auch des Grundgesetzes auf die Formulierung der südafrikanischen Verfassung darf nicht überschätzt werden. Nicht jedes Element der südafrikanischen Verfassung ist als "klassisches" Verfassungsrecht (z. B. auf den S. 13 ["wie ein Lehrbuch des deutschen Verfassungsrechts"], 14, 101 ["klassischer Verfassungsstaat"], 107 ["klassische 'Wechselwirkungstheorie'"], 124 ["Gesetzesbeschlüsse nehmen den in westlichen Parlamenten üblichen Weg"]) westlicher Prägung zu bezeichnen. Dieser Befund gilt auch für den etwaigen Einfluß der Richter des Bundesverfassungsgerichts auf ihre südafrikanischen Kollegen (z. B. geht der Verfasser auf S. 88 davon aus, daß das Urteil zur Abschaffung der Todesstrafe quasi allein auf das deutsche Bundesverfassungsgericht zurückgehe). Erstens täuscht dieser Eindruck häufig nicht zuletzt dann, wenn das Thema der Untersuchung nicht Rezeption von, sondern Integration durch Verfassungsrecht ist und eine tiefergehende Begründung deshalb nicht möglich ist. So ist die im auf S. 107 zitierten Entwurf für Section 39 (2) ÜV geregelte Methode der verfassungs- bzw. grundrechtskonformen Auslegung keinesfalls eine Steigerung der Wechselwirkungstheorie. Oder: Die endgV unterscheidet zwar auch zwischen ausschließlicher und konkurrierender Gesetzgebung (S. 125), die Struktur der Gesetzgebungskompetenzen ist aber eine völlig andere als die des Grundgesetzes. Erwähnt sei nur, daß die Residualgesetzgebungskompetenz bei der nationalen Ebene von Staatsgewalt liegt, Section 44 (1) (a) (ii) endgV, und dem nationalen Parlament auch in den Bereichen der nur so genannten ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Provinzen, Section 104 (1) (b) (ii) i.V.m. Schedule 5 endgV, unter bestimmten Voraussetzungen ein "Eingriffsgesetzgebungsrecht" ("[...] Parliament may intervene [...]") zusteht, Section 44 (2) endgV. Zweitens stehen einige Richter des südafrikanischen Verfassungsgerichts, allen voran Kriegler J, der "Importierung" von ausländischem Verfassungsrecht trotz Section 39 (1) (c) endgV generell eher skeptisch gegenüber (vgl. *Du Plessis and Others v De Klerk And Another*, a.a.O., para 144). Bei der Behandlung dieser Vorschrift unterläuft dem Autor trotz wörtlichen Zitats noch der Fehler, hier die Berücksichtigung internationalen Rechts bei der Entwicklung der Grundrechtsrechtsprechung in das Ermessen des Verfassungsgerichts zu stellen, verpflichtet Section 39 (1) (c) endgV doch dazu ("[...] must consider international law [...]"). Drittens beanspruchen auch Rechtswissenschaftler aus anderen verfassungsrechtlichen Ordnungen, z.B. aus Kanada, den U.S.A., Australien oder Indien, die Urheberschaft für bestimmte Vorschriften oder Prinzipien der ÜV oder endgV, freilich teils zu Unrecht. So gehe die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf den kanadischen "Oakes test" zurück (so *S v Makwanyane*, a.a.O., paras 105-107), der allerdings erst 1986 etwa hundert Jahre nach dem berühmten Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 8. April 1885 (PrOVG 12, 397, 403 f.) vom kanadischen Supreme Court in die Grundrechtsrechtsprechung nach der Schaffung eines justiziablen Grundrechtskataloges für Kanada im Jahre 1982 eingeführt worden ist (*R v Oakes* (1986) 19 CRR 308).

Gänzlich fehlt schließlich im Hauptteil der Arbeit eine Auseinandersetzung des Verfassers mit dem vielleicht wichtigsten und kontrovers diskutierten Urteil des südafrikanischen Verfassungsgerichts, dem der *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* BCLR 1996 (8) 1015 (CC). In diesem Urteil hat das Gericht die Befugnis der Truth and Reconciliation Commission, Amnestien für die Täter sowohl der Apartheid-Regierung als auch der Befreiungsbewegung für die von ihnen begangenen Grausamkeiten unter bestimmten Voraussetzungen zu erteilen, als rechtlich zulässig akzeptiert. Dasselbe hat es für die Regelungen über die rechtliche Wirkung dieser Amnestien in dem auf der Grundlage des Postambel der ÜV erlassenen Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995, nämlich die Täter, die Organisationen, in denen sie Mitglied waren, und sogar den Staat von zivilrechtlichen Ansprüchen der Opfer freizuhalten, trotz Bestehens des Grundrechts auf Zugang zu Gericht ("Access to Court" – Section 22 ÜV) und möglicherweise entgegenstehenden Völkerrechts (diese Frage hat das Gericht zu Unrecht offengelassen) festgestellt. Die Verwertung dieses Urteils wäre zum einen angezeigt gewesen, zeigt sich doch bei diesem dem Urteil zugrundeliegendem Sachverhalt, wie schmerzhaft und schwierig, wenn nicht unmöglich, die Integration von Opfern und Tätern, denen jeweils keine Gerechtigkeit widerfährt, in einem "lebenden" Staat ist, nachdem die Geburt des neuen Südafrikas gerade – man möchte meinen – auf wunderbare Weise gelungen war. Der einzige Trost, der den Opfern zuteil wird, ist das Erfahren der Wahrheit, der Gewißheit über das Geschehene, auf die manche so lange haben warten müssen, die auf Kosten einer anderen Bewältigung des vergangenen extremen Unrechts geht, die durch die Gerichte in langwierigen Verfahren zu bewerkstelligen gewesen wäre. Das Verfassungsgericht hat diese Zweckbestimmung der Amnestieregeln herausgearbeitet und schließlich gebilligt. AZAPO ist sicherlich die Nagelprobe für eine erfolgreiche Integration durch Verfassung in Südafrika. Die Berücksichtigung dieser Entscheidung wäre dem Autor auch möglich gewesen, ist das Urteil doch vor anderen vom Verfasser eingearbeiteten Urteilen veröffentlicht worden.

Was bleibt als Fazit? Der Verfasser hat ein ehrgeiziges Ziel verfolgt. Wer die Integrationslehre auf einen völlig anderen Rechts- und Kulturkreis in einer anderen Zeit anwenden will, sieht sich Problemen von erheblicher Komplexität ausgesetzt. Leider zeigt die Arbeit Holzers Mängel in der zweiten Hälfte des Zweiten Teils, welche unnötig entstanden sind, sind die dort dargestellten Elemente der endgV doch nicht unmittelbar notwendig zur Gegenüberstellung des Verfassungsgebungsprozesses in Südafrika und der Integrationslehre. Bedauerlicherweise konnte die Qualität der Aufbereitung der Smend'schen Integrationslehre bei der knapp geratenen praktischen Anwendung auf die Situation in Südafrika im eigentlichen Hauptteil der Arbeit (Dritter Teil) nicht gehalten werden.

Nikolaus Schultz