



---

Das römisch-holländische Recht in Zimbabwe

Author(s): Reinhard Zimmermann

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 55. Jahrg., H. 3 (1991), pp. 505-539

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27877458>

Accessed: 19-06-2024 14:38 +00:00

---

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact [support@jstor.org](mailto:support@jstor.org).

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0). To view a copy of this license, visit <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.



JSTOR

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

# Das römisch-holländische Recht in Zimbabwe

Von REINHARD ZIMMERMANN, Regensburg\*

## Inhaltsübersicht

I. <i>Nautae, cauponae und stabularii in Schwarzafrika</i> . . . . .	506
II. <i>Geschichtlicher Hintergrund</i> . . . . .	506
III. <i>Privatrechtsgeschichte Rhodesiens</i> . . . . .	510
1. <i>Die Rezeption des römisch-holländischen Rechts</i> . . . . .	510
2. <i>Rhodesisches Recht im Spannungsfeld zwischen römisch-holländischem und         englischem Recht</i> . . . . .	512
3. <i>Animus iniuria als Beispiel</i> . . . . .	515
4. <i>Die Nähe zum südafrikanischen Privatrecht</i> . . . . .	517
IV. <i>Das Privatrecht Zimbabwes</i> . . . . .	519
1. <i>Einführung</i> . . . . .	519
2. <i>Römisch-holländisches Recht in Entscheidungen des Supreme Court of         Zimbabwe</i> . . . . .	521
3. <i>Die Rahmenbedingungen für die Pflege des römisch-holländischen Rechts</i> . .	528
4. <i>Juristenausbildung und Rechtswissenschaft in Zimbabwe</i> . . . . .	530
V. <i>Ausblick</i> . . . . .	535
<i>Summary: Roman-Dutch Law in Zimbabwe</i> . . . . .	538

---

\* *Abkürzungen:* A. C. = Appeal Cases (England) (ab 1891); A. D. = South African Law Reports, Appellate Division (1910–1946); C. P. D. = Reports of the Cape Provincial Division (South African Law Reports) (1910–1946); E. D. L. = Reports of the Eastern District Local Division (South African Law Reports) (1910–1946); R. & N. = Rhodesia and Nyasaland Law Reports (1956–1964); S. A. = South African Law Reports (ab 1947); S. C. = Cape Supreme Court Reports (1880–1910); S. R. = Official Reports of the High Court of Southern Rhodesia (1899; 1911–1955); T. P. D. = Reports of the Transvaal Provincial Division (South African Law Reports) (1910–1946); T. S. = Reports of the Transvaal Supreme Court (1902–1909); W. L. D. = Reports of the Witwatersrand Local Division (South African Law Reports) (1910–1946); Z. L. R. = Zimbabwe Law Reports (ab 1980).

## I. Nautae, caupones und stabularii in Schwarzafrika

Im Februar-Heft der *South African Law Reports* 1990 findet sich eine Entscheidung des Zimbabwe Supreme Court zur Frage der Haftung von Transportunternehmen<sup>1</sup>. In ihr erklärt Dumbutshena, Chief Justice, unter dem Beifall von Manyarara und Korsah, Judges of Appeal, das *edictum de nautis, cauponibus et stabulariis* auch dann für anwendbar, wenn es sich um einen Landtransport handle. Zimbabwe sei überall vom Land umschlossen, und eine auf den Seetransport beschränkte verschuldensabhängige Haftung sei daher in seinem Jurisdiktionsgebiet ohne praktischen Belang. Einer Ausdehnung stehe nichts im Wege. Land- und Seetransport würfen vergleichbare Probleme auf, und eine Anwendung des *receptum* mache auch in jenem Falle »good common sense«<sup>2</sup>.

Diese Entscheidung gibt für den nicht mit den Verhältnissen im südlichen Afrika vertrauten Leser Anlaß zu einer Reihe von Fragen. Wie kommt es, daß im Zimbabwe des zwanzigsten Jahrhunderts ein Edikt des römischen Prätors aus vorchristlicher Zeit angewendet wird? Handelt es sich um ein Überbleibsel aus kolonialer Zeit, oder ist eine fortdauernde Pflege der romanistischen Tradition auch in Zukunft zu erwarten? Wie erklärt sich die – jedenfalls in der Publikationsform – zum Ausdruck kommende Verbindung zu Südafrika, dem ungeliebten Nachbarn im Süden? Welche Strömungen prägen ganz allgemein die Privatrechtspflege in Zimbabwe? Handelt es sich bei der Entscheidung *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v. Zimbabwe National Railways* mit ihren historischen Reminiszenzen vielleicht um einen ganz untypischen und nicht verallgemeinerungsfähigen Einzelfall? In der hiezulande verfügbaren Literatur sucht man vergebens nach einer Antwort auf diese Fragen. Aber auch sonst (etwa in Südafrika) fehlt es an einschlägigen Untersuchungen so gut wie völlig. Die folgenden Zeilen sollen deshalb jedenfalls eine erste Orientierung ermöglichen.

## II. Geschichtlicher Hintergrund

Das heutige Zimbabwe, »entdeckt« bereits am Anfang des sechzehnten Jahrhunderts von portugiesischen Eroberungsreisenden, geriet erst gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts in den Strudel der europäischen Kolonialpolitik. Seine moderne Geschichte<sup>3</sup> beginnt mit der Ankunft einer Pio-

<sup>1</sup> *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v. Zimbabwe National Railways*, 1990 (1) S. A. 582 (Z. S. C.).

<sup>2</sup> *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v. Zimbabwe National Railways* (vorige Note) 590.

<sup>3</sup> Hierzu vor allem *Robert Blake*, *A History of Rhodesia* (1977); *Anthony Verrier*, *The Road to Zimbabwe 1890–1980* (1986); zur Wirtschaftsgeschichte (aus marxistischer Sicht) *Ian Phimister*, *An Economic and Social History of Zimbabwe 1890–1948*, *Capital Accumula-*

nierkolonne der von Königin Victoria lizenzierten British South Africa Company<sup>4</sup> im Mashonaland. Am 13. 9. 1890 (»Pioneers Day«) wurde in Fort Salisbury der Union Jack gehißt; damit begann für das Mashonaland – vier Jahre später, nach der Niederwerfung der Ndebele unter König Lobengula auch für das Matabeleland – die Periode britischer Oberhoheit. Alsbald erhielt das gesamte Gebiet den Namen des Mannes, der diese Entwicklung forciert hatte und der damit die Herstellung der von ihm ersehnten Achse Kap–Kairo zu fördern hoffte: Cecil John Rhodes.

Bis zum Jahre 1923 wurde Rhodesien für die Krone durch die Chartered Company verwaltet. Kurzfristig schien ein Aufgehen in der südafrikanischen Union im Bereich des Möglichen zu liegen, doch dieser Schritt wurde 1922 per Referendum abgelehnt. Statt dessen erhielt Rhodesien von London nunmehr den Status einer Kolonie mit responsible government zugebilligt. Alsbald begannen die langen und vergleichsweise ruhigen Jahre<sup>5</sup> der Regierung von Godfrey Huggins (später Lord Malvern), eines Arztes, der das Amt eines Premierministers länger als jeder andere Staatsmann in der Geschichte Großbritanniens und seines Kolonialreiches bekleidete<sup>6</sup>. Nach dem zweiten Weltkrieg war Huggins einer der wichtigsten Fürsprecher größerer staatlicher Einheit in Zentralafrika. Lange und zähe Verhandlungen mit London und den anderen beteiligten Parteien führten schließlich 1953 zu der aus den heutigen Staaten Zambia, Malawi und Zimbabwe bestehenden Föderation Rhodesia und Nyasaland – mit einem komplizierten Beziehungsgeflecht dreier Territorialregierungen, einer Bundesregierung und zweier zuständiger Ministerien in Whitehall (dem Commonwealth Relations Office und dem Colonial Office) sicherlich einer der am aufwendigsten regierten Staaten

tion and Class Struggle (1988) (dazu die Bespr. von *Richard Hodder-Williams* in: *African Affairs* 88 [1989] 591 ff.); zur Verfassungsgeschichte vgl. *Claire Palley*, *The Constitutional History and Law of Southern Rhodesia 1888–1965* (1966) 1 ff.; *D. J. Devine*, *The Status of Rhodesia in International Law: Acta Juridica* 1973, 3 ff., 28 ff. Vgl. ferner die Analyse des Regierungssystems von *D. J. Murray*, *The Governmental System in Southern Rhodesia* (1970).

<sup>4</sup> Zu dieser unter verfassungs- und völkerrechtlichem Aspekt vgl. etwa *Palley* 33 ff.; *Devine* 35 ff. (beide vorige Note).

<sup>5</sup> – in denen sich der für die Weißen so angenehme »colonial style of life« entwickelte. Dieser spiegelt sich etwa in der bedeutsamen Rolle, die Angeln, Jagd, Cricket, Tennis und andere »outdoor pursuits« selbst im Leben von Richtern spielten; vgl. etwa *Beadle*, C. J., und *Whitaker*, Q. C., über Mr. Justice Beck (»... his reputation as a man, a sportsman and a practitioner have preceded him«) (*Swearing-in of Mr. Justice Beck: Rhodesian L. J.* 10 [1970] 137 ff., 138 f.); *Beadle*, A. C. J., über Mr. Justice Smith (*Swearing-in of Mr. Justice Smith: Rhodesian L. J.* 16 [1976] 87); *MacDonald*, J. P., über Sir Hugh Beadle: *Retirement of Sir Hugh Beadle: Rhodesian L. J.* 17 (1977) 89; vgl. auch *A. R. W. Stumbles*, *Some Recollections of a Rhodesian Speaker* (1980) 47, 180 ff., 194 f. *Beadle*, C. J., beschreibt das Leben eines rhodesischen Richters als »(more) relaxing« (*Retirement of Mr. Justice Greenfield and Swearing-in of Mr. Justice Newham: Rhodesian L. J.* 14 [1974] 167).

<sup>6</sup> Über ihn vgl. die Biographie von *L. H. Gann/M. Gelfand*, *Huggins of Rhodesia, The Man and His Country* (1964).

der Welt<sup>7</sup>. Unterschiedliche Ansichten zur Frage der Rassenpolitik (insbesondere des Problems des Wahlrechts für die schwarze Bevölkerungsmehrheit) hatten von vornherein zu Spannungen geführt. Mit dem Erstarken des schwarzafrikanischen Nationalismus und mit der Entscheidung Londons, dem »wind of change«<sup>8</sup> keinen Widerstand mehr entgegenzusetzen, war das Schicksal der Föderation besiegelt. Elf Jahre nach ihrem von großen Hoffnungen begleiteten Entstehen wurde sie wieder aufgelöst. Zambia (ehemals Nordrhodesien) und Malawi (Nyasaland) wurden unter der Führung von Kenneth Kaunda und Dr. Hastings Banda unabhängig.

Nur in (Süd-)Rhodesien weigerte man sich, die Zeichen der Zeit zu erkennen. Bei den Wahlen im Jahre 1962 wurde die das vergleichsweise liberale Establishment<sup>9</sup> repräsentierende United Federal Party von der konservativen Rhodesian Front geschlagen. Die neue Regierung verhandelte mit London über die Modalitäten der Unabhängigkeit, aber diese Verhandlungen zogen sich in die Länge, ohne daß eine Lösung vor allem der Wahlrechtsfrage in Sicht gewesen wäre. Daraufhin erklärte die rhodesische Regierung am 11. 11. 1965 einseitig die Unabhängigkeit (Unilateral Declaration of Independence [UDI]): die Kolonie rebellierte gegen das Mutterland<sup>10</sup>. Wie war diese Rebellion juristisch zu bewerten? War die Rhodesian-Front-Regierung unter Ian Smith überhaupt als rechtmäßig anzuerkennen? Mit dieser Frage hatte sich alsbald die Appellate Division des High Court of Rhodesia auseinanderzusetzen. In *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* erkannte das Gericht der UDI-Regierung zunächst lediglich De-facto-Status zu<sup>11</sup>, wertete diesen aber nur wenige Monate später, in *R. v. Ndhlovu*<sup>12</sup>, zu einer vollen De-jure-Anerkennung auf<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Vgl. im einzelnen *Blake* (oben N. 3) 284 ff.

<sup>8</sup> Vgl. den Text der berühmten, am 3. 2. 1960 vor beiden Häusern des Parlaments in Kapstadt gehaltenen Rede in seinen Memoiren: *Harold Macmillan, [Political Memoirs] V: Pointing the Way* (1972) 473.

<sup>9</sup> Hierzu und zu den von den »liberalen« Weißen im Laufe der Jahre gegründeten Organisationen vgl. die Analyse von *Ian Hancock, White Liberals, Moderates and Radicals in Rhodesia 1953–1980* (1984).

<sup>10</sup> Hierzu etwa *Blake* 374 ff.; *Verrier* 129 ff.; *Devine* 12 ff., 63 ff. (alle oben N. 3).

<sup>11</sup> 1968 (2) S. A. 284 (R. A. D.); vgl. auch das erstinstanzliche Urteil – 1966 (4) S. A. 462 (R) – sowie die Entscheidung des Privy Council, [1969] 1 A. C. 645 (P. C.) in derselben Sache. Fieldsend, A. J. A., legte kurz darauf aus Protest gegen die vom rhodesischen High Court gegenüber dem Privy Council in London eingenommene Haltung sein Amt nieder (vgl. hierzu *Stephen Guest, Three Judicial Doctrines of Total Recognition of Revolutionary Governments: Acta Juridica* 1980, 33). Er übersiedelte daraufhin nach England, wurde aber im Jahre 1980 zurückberufen und von der Regierung Mugabe bis zu seiner Pensionierung 1983 zum Chief Justice von Simbabwe ernannt.

<sup>12</sup> 1968 (4) S. A. 545 (R. A. D.); vgl. auch die erstinstanzliche Entscheidung in: 1968 (4) S. A. 207 (R).

<sup>13</sup> Zu diesen Entscheidungen und zum verfassungs- und völkerrechtlichen Status Rhodesiens nach der UDI vgl. *A. J. E. Jaffey, The Rhodesian Constitutional Cases: Rhodesian L. J.* 8 (1968) 138 ff.; *G. N. Barrie, The Shifting Sands of Allegiance and Treason in Rhodesia:*

Es folgten die Jahre der zunehmenden internationalen Isolation, der Sanktionen<sup>14</sup>, schließlich des Bürgerkrieges<sup>15</sup>. Erst als Südafrika seine Unterstützung Rhodesiens nicht mehr aufrechterhalten konnte oder wollte, war die Regierung Smith zum Einlenken gezwungen. Landesinterne Verhandlungen führten zunächst im Jahre 1979 zu einer Verfassung für Zimbabwe/Rhodesien, unter der Bischof Muzorewa die Regierung übernahm. Aber für interne Kompromißlösungen war es bereits zu spät. Erst als in der Lancaster-House-Konferenz<sup>16</sup> eine Verständigung auch mit den externen Befreiungsbewegungen erreicht war, wurde Zimbabwe am 18. 4. 1980 in eine international allgemein anerkannte Unabhängigkeit entlassen. Als Anhang der Zimbabwe Constitution Order wurde eine neue Verfassung publiziert und in Kraft gesetzt, insgesamt die fünfte seit 1961<sup>17</sup>. Diese Constitution of Zimbabwe von 1980 wurde inzwischen mehrfach geändert; die beiden bedeutsamsten Änderungsgesetze sind die Constitution of Zimbabwe Amendment Acts No. 6 und 7, beide von 1987, durch die zum einen den Weißen das ihnen von der Lancaster-House-Konferenz für eine Übergangszeit zugestandene Recht genommen wurde, zwanzig Parlamentssitze zu besetzen, und durch die zum anderen die Funktionen des Staatsoberhauptes und des Regierungschefs auf eine Person, einen Executive President nach amerikanischem Muster, zusammengefaßt wurden<sup>18</sup>.

---

Comp. Int. L. J. S. Afr. 1 (1968) 289 ff.; J. M. Eekelaar, Rhodesia, The Abdication of Constitutionalism: Mod. L. Rev. 32 (1969) 19 ff.; Alan Wharam, Rhodesia and the Crown: Rhodesian L. J. 9 (1969) 21 ff.; Devine (oben N. 3) 63 ff.; ders., The Status of Rhodesia in International Law: Acta Juridica 1974, 109 ff. und Acta Juridica 1980, 1. ff.; vgl. auch Erhard Schramm, Völkerrechtliche Aspekte des Rhodesien-Konfliktes (Zugl.: Diss. jur. Bonn) (1970).

<sup>14</sup> Hierzu etwa Ralph Zacklin, The United Nations and Rhodesia, A Study in International Law (1974).

<sup>15</sup> Hierzu etwa Gerald Braun, Internationale Interessen und regionale Konflikte im südlichen Afrika, Die Dekolonisation Zimbabwes: V. R. Ü. 16 (1983) 380 ff.; Colin Stoneman/Lionel Cliffe, Zimbabwe, Politics, Economics and Society (1989) 18 ff. Vgl. ferner die Materialienbände The Struggle for Independence, Documents on the Recent Development of Zimbabwe 1975–1980, hrsg. von Goswin Baumhögger I–VII (1984) (Aktueller Informationsdienst Afrika, Sondermr. 2).

<sup>16</sup> Hierzu Jeffrey Davidow, A Peace in Southern Africa, The Lancaster House Conference on Rhodesia 1979 (1984); Verrier (oben N. 3) 237 ff.

<sup>17</sup> Hierzu etwa M. A. K. Lambiris, Rock or Shifting Sand?, Constitutions That Come and Go: Zimbabwe L. J. 22 (1982) 20 ff. Einen Überblick über die Verfassungsvorschriften gibt Hellmuth Hecker, Verfassungsvorschriften von Rhodesien/Zimbabwe 1965–1989: V. R. Ü. 22 (1989) 52 ff.

<sup>18</sup> Bis heute (Frühsummer 1990) fehlt es an der Publikation eines konsolidierten Textes der Verfassung. Vom Government Printer, Harare, ist lediglich der Text mit den Änderungen bis zum 1. 8. 1985 erhältlich. Drei Änderungsgesetze sind lose beigefügt. – Zu den beiden im Text erwähnten wichtigsten Verfassungsänderungen vgl. Welshman Ncube/Shepard Nzombe, The Constitutional Reconstruction of Zimbabwe, Much Ado About Nothing?: Zimbabwe L. Rev. 5 (1987) 2 ff., 11 ff.

### III. Privatrechtsgeschichte Rhodesiens

#### 1. Die Rezeption des römisch-holländischen Rechts

Sehr viel weniger bewegt als die Verfassungsentwicklung war die Geschichte des Privatrechts in Rhodesien/Zimbabwe. Schon bald nachdem die ersten Pioniere der British South Africa Company im Mashonaland angekommen waren, bestimmte der britische Hochkommissar für Südafrika, daß in den neu annektierten Gebieten nördlich des Limpopo das in der Kapkolonie in Geltung befindliche Recht anwendbar sein solle. Die einschlägige Proklamation datiert vom 10. 6. 1891, und auf dieses Datum bezogen sich alle in Rhodesien/Zimbabwe erlassenen Verfassungen, um das Rechtssystem des Landes zu konkretisieren. So heißt es insbesondere auch in Art. 89 der Verfassung von 1980: »Subject to the provisions of any law for the time being in force in Zimbabwe relating to the application of African customary law, the law to be administered . . . in Zimbabwe . . . shall be the law in force in the Colony of the Cape of Good Hope on 10th June, 1891, as modified by subsequent legislation having in Zimbabwe the force of law.«<sup>19</sup> Was bedeutet dies im einzelnen?

Das Kap der Guten Hoffnung war im Jahre 1652 von der ostindischen Handelsgesellschaft der Vereinigten Niederlande besetzt worden, wodurch dort das Recht der Provinz Holland anwendbar geworden war<sup>20</sup>. Holland seinerseits gehörte zum Geltungsbereich des römisch-kanonischen *ius commune*, das sich seit dem Mittelalter in Europa durchgesetzt hatte und das während des siebzehnten Jahrhunderts gerade in Holland eine neue Blüte erlebte<sup>21</sup>. In seiner speziellen Ausformung als römisch-holländisches Recht – oder als holländischer *usus modernus pandectarum* – gelangte das *ius commune* damit in das südliche Afrika, um sich dort, kurioserweise, länger zu behaupten als in seinem angestammten Kontinent. Freilich unterlag es im Laufe der Zeit nicht unbedeutenden Veränderungen. Dies gilt vor allem für das neunzehnte Jahrhundert. Hier kam es seit der (zweiten) englischen Besetzung des Kap im Jahre 1806 zu einer immer stärkeren Anglisierung des öffentlichen Lebens, die auch vor dem Rechtswesen nicht halt machte. Zwar wurde das römisch-holländische Recht nie formell und in toto außer Kraft gesetzt, aber seine Anwendung lag nunmehr in der Hand von Praktikern, die ihre Ausbildung in Großbritannien erhalten hatten; es wurde gerichtsverfassungs-, beweis- und verfahrensrechtlich in einen Rahmen nach angelsächsi-

<sup>19</sup> Vgl. hierzu auch etwa *Palley* (oben N. 3) 493 ff.; *Baek v. Brighton N. O. & Another*, 1984 (1) Z. L. R. 186 ff. (Z. S. C.) per *Beck*, J. A.

<sup>20</sup> Hierzu und zum folgenden vgl. *Reinhard Zimmermann*, Das römisch-holländische Recht in Südafrika (1983) 1 ff.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu *Reinhard Zimmermann*, Das römisch-holländische Recht und seine Bedeutung für Europa: JZ 1990, 825 ff.

schem Vorbild gezwängt; seine Terminologie wurde vom Englischen, der offiziellen Gerichtssprache überschattet; und seine Pflege oblag jedenfalls letztinstanzlich dem Privy Council in London. Es ist kaum erstaunlich, daß es unter diesen Umständen zu einer teilweisen Rezeption englischen Rechts kam, die sich immer stärker auch auf die klassischen Bereiche des Privatrechts zu erstrecken begann<sup>22</sup>. »It is so much easier to find your law in an English text book or in English reports than to wade through a sea of Latin or to puzzle your head over old Dutch writers and black letter consultations«, wie Sir John Wessels, Chief Justice der Union von Südafrika, im Rückblick formulierte<sup>23</sup>. Bis in die ersten Jahrzehnte des zwanzigsten Jahrhunderts hinein war ein Ende dieses Rezeptionsprozesses nicht abzusehen, und so befürwortete Wessels noch etwa im Jahre 1920 eine Kodifikation des südafrikanischen Rechts mit dem ausdrücklichen Ziel, dadurch wenigstens die wesentlichen Inhalte des römisch-holländischen Rechts vor der Verdrängung zu bewahren<sup>24</sup>. In jedem Falle war damit, was im Jahre 1891 nach Rhodesien verpflanzt wurde, keineswegs mehr reines römisch-holländisches Recht; es handelte sich eher um eine Mischrechtsordnung *in statu nascendi*, innerhalb derer das englische Recht sich jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt deutlich im Vormarsch befand.

Zusammen mit dem in der Kapkolonie in Geltung befindlichen römisch-holländischen common law sind in Rhodesien auch die bis zu diesem Datum dort erlassenen Gesetze übernommen worden<sup>25</sup>. Manche von ihnen wurden inzwischen aufgehoben, andere (wie z. B. der General Law Amendment Act aus dem Jahre 1879, durch den etwa die Doktrin des »stoppage in transitu« sowie englisches Seerecht, Feuer-, Lebens- und Schiffsversicherungsrecht rezipiert wurden) sind nach wie vor in Kraft. Nach dem Stichtag in der Kapkolonie bzw. Südafrika erlassene Gesetze finden natürlich keine Anwendung. Wie verhält es sich aber mit nachträglich besserer Erkenntnis des common law durch südafrikanische Gerichte? Zu dieser Frage vertrat Clayden, F. J., in *Central African Airways Corporation v. Vickers Armstrong, Ltd.* die Ansicht, die Verweisung auf einen bestimmten Stichtag könne nicht zu einer

<sup>22</sup> Vgl. im einzelnen *Ben Beinart*, *The English Legal Contribution in South Africa*, *The Interaction of Civil and Common Law: Acta Juridica* 1981, 7 ff.; *Reinhard Zimmermann*, *Die Rechtsprechung des Supreme Court of the Cape of Good Hope am Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts*, in: *Huldigungsband Paul van Warmelo* (1984) 286 ff.; *D. P. Visser*, *Daedalus in the Supreme Court*, *The Common Law Today: T. Rom. Holl. R.* 49 (1986) 127 ff.; *H. J. Erasmus*, *The Interaction of Substantive and Procedural Law, The Southern African Experience in Historical and Comparative Perspective: Stellenbosch Law Review* 1 (1990) 348 ff.

<sup>23</sup> *John Wessels*, *The Future of Roman Dutch Law in South Africa: S. Afr. L. J.* 37 (1920) 265 ff. (276).

<sup>24</sup> *Wessels* (vorige Note) 265 ff.

<sup>25</sup> Allgemein zu den Rechtsquellen des rhodesischen Rechts vgl. *R. H. Christie*, *Business Law in Zimbabwe* (1985) 24 ff.

Petrifizierung des rhodesischen Rechts führen: » . . . a practice, later shown to be erroneous, cannot be regarded as the law in force in 1891; the true law must be looked into. «<sup>26</sup>

## 2. Rhodesisches Recht im Spannungsfeld zwischen römisch-holländischem und englischem Recht

Die Geschichte des rhodesischen Privatrechts in diesem Jahrhundert ist im wesentlichen ein unselbständiger Teil der südafrikanischen Privatrechtsgeschichte. Obwohl es zu einer politischen Union beider Länder nicht kam, blieb Rhodesien gerichtsverfassungsmäßig an Südafrika gekoppelt. Gegen Entscheidungen des High Court of Southern Rhodesia führte der Rechtszug zunächst (bis 1910) zum Cape Supreme Court, dann, nach Gründung der südafrikanischen Union, zur Appellate Division of the Supreme Court of South Africa<sup>27</sup>. Damit war das südafrikanische Appellationsgericht auch für Rhodesien zuständig und prägte die Anwendung und Fortentwicklung des römisch-holländischen Rechts dort in gleicher Weise wie im Transvaal, im Freistaat, in der Kapprovinz oder in Natal. Erst im Jahre 1956, als für die Föderation Rhodesien und Nyasaland ein eigenständiges Appellationsgericht geschaffen wurde, kam es insoweit zu einer Entkoppelung. Nach dem Zusammenbruch der Föderation wurde die jurisdiktionelle Verbindung zu Südafrika (das seit der Machtübernahme durch die im wesentlichen afrikaanssprachigen Nationalisten im Jahre 1948 jedenfalls vom rhodesischen Establishment mit einigem Mißtrauen betrachtet wurde) nicht wiederhergestellt. Statt dessen wurde nunmehr im eigenen Land eine zweite obergerichtliche Instanz geschaffen: die Appellate Division of the High Court of Southern Rhodesia (seit 1965: Rhodesia)<sup>28</sup>.

Damit war jedenfalls seit 1956 die Möglichkeit eines gewissen Auseinanderdriftens der Privatrechtsordnungen gegeben. Unter den gegebenen Umständen kam dabei lediglich ein engerer Anschluß an das englische Recht in Betracht, und gewisse Tendenzen in diese Richtung lassen sich tatsächlich feststellen. Hierbei spielten eine Reihe von Faktoren eine Rolle. Zum einen erstreckte sich die Zuständigkeit des im Jahre 1956 an die Stelle der südafrikanischen Appellate Division getretenen Federal Supreme Court<sup>29</sup> nicht nur auf (Süd-)Rhodesien, sondern auch auf Nordrhodesien und Nyasaland. In diesen beiden Kolonien hatte aber stets englisches common law gegolten, so daß die

<sup>26</sup> 1956 R. & N. 4 (8).

<sup>27</sup> Vgl. den Überblick bei *Christie*, Business Law (oben N. 25) 30f.

<sup>28</sup> Zur Gerichtsverfassung Rhodesiens (Stand Oktober 1965) *Palley* (oben N. 3) 513 ff.

<sup>29</sup> Zur Frage der Bindung dieses Gerichts an Entscheidungen seines Vorgängers vgl. *Claire Palley*, Stare Decisis and the Federal Supreme Court: Rhodesia and Nyasaland L. J. 2 (1962) 126 ff.; allgemein zur Doktrin des stare decisis in Rhodesien *Palley* (oben N. 3) 496 ff.

Richter des Federal Supreme Court nunmehr ganz offiziell bisweilen englisches, in anderen Fällen römisch-holländisches Recht anzuwenden hatten. Es ist ganz natürlich, daß es dabei zu einer stärkeren Assimilation kommen mußte. Hinzu kam, daß bis 1968 der Rechtszug zum Privy Council in London beibehalten wurde, der in Südafrika schon im Jahre 1950 abgeschafft worden war. Damit war letztinstanzlich ein Gericht zuständig, das schon in der Vergangenheit nicht immer eine glückliche Hand in der Anwendung und Fortentwicklung des römisch-holländischen Rechts bewiesen hatte<sup>30</sup>. Zudem hatte eine Reihe von Richtern dieser Jahre ihr juristisches Studium in England absolviert, darunter insbesondere Sir Robert Tredgold, Chief Justice von 1950–1960<sup>31</sup>, und Sir Hugh Beadle, Chief Justice von 1964–1977<sup>32</sup>, die beide als Rhodes-Stipendiaten in Oxford gewesen waren. Es kann wohl kaum überraschen, daß Männer wie sie dem Einfluß des englischen Rechts auf das römisch-holländische Recht durchaus aufgeschlossen gegenüberstanden und den im neunzehnten Jahrhundert begonnenen Rezeptionsvorgang ausdrücklich als wohltätig bezeichneten. Im Ansatz kaum anders als ihre Kollegen am Kap und in Natal hundert Jahre zuvor gingen sie unbefangen davon aus, »[that a] competent judge, with a real grasp of legal principle, can decide a case in any legal system, provided it is well and closely argued before him«<sup>33</sup>.

Mit dieser Haltung gerieten sie freilich zunehmend in einen Gegensatz zu einer in Südafrika an Boden gewinnenden Tendenz. Hier hatte sich, gefördert nicht zuletzt durch die Etablierung eines wissenschaftlichen Rechtsunterrichts an den zunächst am Kap<sup>34</sup>, dann auch in den anderen Provinzen gegründeten Universitäten<sup>35</sup>, die Position des römisch-holländischen Rechts seit etwa den zwanziger Jahren zu konsolidieren begonnen. Als bald kam es,

<sup>30</sup> Vgl. etwa *Pearl Assurance Company v. Union Government*, 1934 A. D. 560 (P. C.); *J. C. de Wet*/[J. P.] Yeats, Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg<sup>4</sup> (1978) 212 ff.

<sup>31</sup> Vgl. über ihn die lesenswerte Autobiographie: *Sir Robert Tredgold, The Rhodesia That Was My Life* (1968). Sir Robert legte sein Amt im Jahre 1960 aus Protest gegen den Law and Order Maintenance Act nieder, der, noch von der »liberalen« United Federal Party Regierung unter Sir Edgar Whitehead erlassen, Rhodesien faktisch in einen Polizeistaat verwandelte. Vgl. hierzu *Tredgold* (diese Note) 181 ff., 227 ff. (das Wort vom Polizeistaat fällt auf S. 230). Seit 1965 stand Rhodesien unter einem Notstandsregime, das die Regierung von Zimbabwe 1980 zunächst perpetuiert und erst Mitte 1990 aufgehoben hat.

<sup>32</sup> Zu ihm vgl. Retirement of Sir Hugh Beadle (oben N. 5) 87 ff.; Death of Sir Hugh Beadle: Zimbabwe L. J. 21 (1981) 88 ff.

<sup>33</sup> *Sir Robert Tredgold* (oben N. 31) 179; vgl. auch etwa *R. H. Christie*, Roman-Dutch or English Law: Rhodesian L. J. 16 (1976) 96 (»comparative simplicity«).

<sup>34</sup> Hierzu vgl. auch *D. V. Cowen*, The History of the Faculty of Law, University of Cape Town – A Chapter in the Growth of Roman-Dutch Law in South Africa: Acta Juridica 1959, 8 ff.; *ders.*, Taught Law is Tough Law: The Evolution of a South African Law School: T. Rom. Holl. R. 54 (1988) 4 ff.

<sup>35</sup> Überblick über die südafrikanische Universitätslandschaft bei *Reinhard Zimmermann*, »Turning and Turning in the Widening Gyre...«, Gegenwartsprobleme der Juristenausbildung in Südafrika, in: Verfassungsrecht und Völkerrecht, GS Wilhelm Karl Geck (1989) 988 ff.

zunächst an den afrikaanssprachigen juristischen Fakultäten, sogar zu einer ausgesprochenen Reaktion, die nicht nur den Status quo zu bewahren, sondern auch die bereits eingetretene »Besudelung« des römisch-holländischen Rechts wieder rückgängig zu machen bestrebt war<sup>36</sup>. Diese Puristenbewegung erfaßte während der fünfziger und sechziger Jahre über Hörsaal und Lehrbuchliteratur hinaus auch die Gerichte<sup>37</sup> und erhielt seit der Machtübernahme durch die Nationale Partei darüber hinaus stark politische Obertöne<sup>38</sup>. Die Rückbesinnung auf »ons gemene reg« wurde zu einem wichtigen Anliegen des konservativen Afrikaanertums im Kampf gegen die englische Überfremdung. In Rhodesien, wo Afrikaaner allenfalls etwa 15% der weißen Bevölkerung ausmachten und zudem vom liberalen englischen Establishment als Außenseiter betrachtet wurden<sup>39</sup>, fielen derartige Tendenzen auf wenig fruchtbaren Boden. Zwar wurden nicht selten Südafrikaner zu Richtern an rhodesischen Gerichten berufen<sup>40</sup>, darunter aber kein Afrikaaner. Einflußreiche afrikaanssprachige Literatur (etwa De Wet en Yeats, *Kontraktereg en Handelsreg*, oder De Wet en Swanepoel, *Strafreg*) fanden in Rhodesien so gut wie kein Echo. Ein besonders groteskes Beispiel bietet die drei Zeilen lange Besprechung von Corné van der Merwes bedeutendem Sachenrechtslehrbuch (Sakereg [1979]) – dem ersten Sachenrechtslehrbuch zum modernen römisch-holländischen Recht überhaupt –, die mit den Worten beginnt: »This work on business law [sic] covers a wide area . . .«<sup>41</sup>.

Auch die Etablierung eines juristischen Studiengangs innerhalb des University College of Rhodesia im Jahre 1965<sup>42</sup> änderte den wissenschaftlichen Horizont rhodesischer Juristen nicht wesentlich. Das Studium führte, jedenfalls zunächst, zu einem von der Universität London verliehenen Bachelor of Laws, die Kernfächer wurden entweder auf englisch/römisch-holländisch-rechtsvergleichender Grundlage unterrichtet oder aber es wurde den Studenten sogar freigestellt, einen Kurs im englischen oder römisch-holländischen Recht zu wählen; und eine Vorlesung im römischen Privatrecht gab es nicht. Weder Latein noch Afrikaans waren anscheinend Voraussetzungen für das

<sup>36</sup> Vgl. die Warnungen bei A. S. Mathews/J. R. L. Milton, *An English Backlash*: S. Afr. L. J. 82 (1965) 31 ff.; P. Q. R. Boberg, *Oak Tree or Acorn?, Conflicting Approaches to Our Law of Delict*: S. Afr. L. J. 83 (1966) 150 ff.; *Proculus Redivivus*, *South African Law at the Crossroads or What is Our Common Law?*: S. Afr. L. J. 82 (1965) 17 ff.

<sup>37</sup> Vgl. etwa »*Proculus*«, *Bellum Juridicum*, *Two Approaches to South African Law*: S. Afr. L. J. 68 (1951) 306 ff.; G. A. Mulligan, *Bellum Juridicum* (3): *Purists, Pollutionists and Pragmatists*: S. Afr. L. J. 69 (1952) 25 ff.; C. F. Forsyth, *In Danger for Their Talents, A Study of the Appellate Division of the Supreme Court of South Africa from 1950–80* (1985) 182 ff.

<sup>38</sup> Vgl. etwa die Analyse bei Edwin Cameron, *Legal Chauvinism, Executive-mindedness and Justice* – L. C. Steyn's Impact on South African Law: S. Afr. L. J. 99 (1982) 38 ff.

<sup>39</sup> Vgl. etwa Blake (oben N. 3) 277, 279.

<sup>40</sup> Vgl. unten nach N. 59.

<sup>41</sup> *John Redgment*, *Review: Zimbabwe L. J.* 19 (1979) 207 (»Sakeman« heißt auf Afrikaans Geschäftsmann; »Sakereg« hingegen Sachenrecht).

<sup>42</sup> Hierzu R. H. Christie, *Editorial: Rhodesian L. J.* 5 (1965) 1 ff.

Jurastudium. Der geistige Vater der rhodesischen Juristenausbildung und langjährige Inhaber des (einigen) juristischen Lehrstuhls, Professor R. H. Christie<sup>43</sup> (der selbst in Cambridge seinen LL.B.-degree erworben hatte), umriß seinen Standpunkt mit den folgenden Worten: »I have always felt that a practitioner in Roman-Dutch law has a great advantage if he also has an English law background... There is, in fact, some danger of turning out graduates who will be Roman-Dutch fanatics.«<sup>44</sup>

### 3. Animus iniuria als Beispiel

Wie sich der Unterschied zwischen römisch-holländischem »Fanatismus« in Südafrika und der in Rhodesien herrschenden Haltung, die ihre Verfechter wahrscheinlich als pragmatisch, Puristen dagegen als »besudlerisch« bezeichnet hätten, in der Rechtsprechung auswirken konnte, zeigt insbesondere der Streit um die Bedeutung des animus iniuriandi bei der actio iniuriarum. Ohne animus iniuriandi keine iniuria: das war der Standpunkt des klassischen römisch-holländischen Rechts, der auch zunächst in Südafrika rezipiert wurde<sup>45</sup>; und obwohl hieran, jedenfalls äußerlich, weiter festgehalten wurde, machten sich doch in der Rechtsprechung seit der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts immer stärker Einflüsse des englischen Rechts geltend: Das sowohl in seinen Grundzügen als auch in manchen Einzelheiten von der actio iniuriarum sehr verschiedene Delikt der defamiation<sup>46</sup> begann die römisch-holländischen Grundsätze zu überlagern. So wurde insbesondere nach englischem Vorbild eine Reihe von Rechtfertigungsgründen (»defences«) übernommen, bei deren Vorliegen der animus iniuriandi als ausgeschlossen zu betrachten war. Als diese mit der Zeit immer stärker als Numerus clausus aufgefaßt wurden, war das Erfordernis des animus iniuriandi zu einer bloßen Fiktion herabgesunken<sup>47</sup>. Nur durch Beweis einer dieser in der Rechtsprechung anerkannten Rechtfertigungen sollte die bei einem »defamatory statement« eingreifende Vermutung des Vorliegens des erforderlichen animus iniuriandi widerlegt werden können<sup>48</sup>. Von dieser Linie war die südafrikanische Appellate Division jedoch Anfang der sechziger Jahre in einer bemerk-

<sup>43</sup> Über ihn vgl. *Lewis*, Retirement of Professor Christie: Zimbabwe L. J. 22 (1982) 197 ff. Professor Christie ist 1982 in den Ruhestand getreten.

<sup>44</sup> *Christie* (oben N. 42) 4.

<sup>45</sup> Hierzu allgemein *Reinhard Zimmermann*, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition (1990) 1059 ff., 1067 ff., 1078 ff.

<sup>46</sup> Überblick bei *Zimmermann*, Law of Obligations (vorige Note) 1074 ff.

<sup>47</sup> Vgl. *Robin McKerron*, Fact and Fiction in the Law of Defamation: S. Afr. L. J. 48 (1931) 154 ff. (172).

<sup>48</sup> Kritisch hierzu neuerdings insbesondere *P. Q. R. Boberg*, Defamation South Africa Style – The Odyssey of animus iniuriandi, in: *Essays Ellison Kahn* (1989) 35 ff.

kenswerten Entscheidungstrilogie wieder abgerückt<sup>49</sup>. Animus iniuriandi ist seither in Südafrika wieder zu einer wesentlichen Voraussetzung der Injurienklage geworden; der Beklagte kann, ohne auf einen bestimmten Kanon von Verteidigungen beschränkt zu sein, nachweisen, nicht in Beleidigungsabsicht gehandelt zu haben und damit die entsprechende Vermutung widerlegen<sup>50</sup>. Im übrigen haben die Gerichte inzwischen auch erkannt, daß die (als Kristallisationspunkte einer Güterabwägung unter Public-policy-Gesichtspunkten verstandenen) »defences« dogmatisch die Rechtswidrigkeit ausschließen und mit der Schuldfrage (handelt der Beklagte mit animus iniuriandi oder nicht?) nichts zu tun haben<sup>51</sup>.

Die Appellate Division des rhodesischen High Court, die im Jahre 1972 mit dem Problem der Bedeutung des animus iniuriandi konfrontiert wurde, verschloß sich gegenüber diesen neuen Tendenzen in der südafrikanischen Wissenschaft und Praxis<sup>52</sup>. Vielmehr folgte Beadle, C. J., der Ansicht der – in seinen Worten – »alten Schule«: der Beklagte könne die Vermutung des animus iniuriandi nur durch den Nachweis des Vorliegens einer der anerkannten »defences« widerlegen. Insbesondere könne den Beklagten daher sein guter Glaube, zu seinem Vorgehen berechtigt gewesen zu sein, nicht entlasten. Daß die von der »alten Schule« vertretene Ansicht, so Beadle, C. J., letztlich dem englischen Recht entstamme, stehe außer Zweifel<sup>53</sup>. Der Einfluß des englischen auf das römisch-holländische Recht könne aber nicht von vornherein als schädlich angesehen werden. In jedem Falle sei aus Gründen der Rechtssicherheit an einem einmal eingeschlagenen Weg, selbst wenn er dem »puren« römisch-holländischen Recht widerspreche, festzuhalten. Denn, so fährt er unter Bezugnahme auf eine Äußerung von F. P. van den Heever<sup>54</sup> fort, der englischrechtliche Einflüsse mit Kuckuckseiern verglichen hatte: »To foil the cuckoo and prevent her laying more eggs in the nest is one thing, but to destroy the fledglings that have already hatched and flown away is quite another. The Courts cannot put the clock back. With the passage of time principles of English law may have become so engrafted in the Roman-Dutch law as to become part of that system. When the English law has by a

<sup>49</sup> *Jordaan v. Van Biljon*, 1962 (1) S. A. 286 (A); *Craig v. Voortrekkerpers Bpk.*, 1963 (1) S. A. 149 (A); *Nydo en andere v. Vengtas*, (1965) (1) S. A. 1 (A); vgl. zuvor bereits *Maisel v. Van Naeren*, 1969 (4) S. A. 836 (C).

<sup>50</sup> Vgl. die detaillierte Analyse der historischen Entwicklung und des heutigen Rechtszustands bei *Jonathan Burchell*, *The Law of Defamation in South Africa* (1985) 1 ff., 149 ff.

<sup>51</sup> Vgl. insbesondere *Suid-Afrikaanse Uitsaaikorporasie v. O'Malley*, 1977 (3) S. A. 394 (A) und die Analyse bei *Boberg* (oben N. 48) 48 ff.

<sup>52</sup> *Smith, N. O. and Lardner-Burke, N. O. v. Wonesayi*, 1972 (3) S. A. 289 (R. A. D.). Vgl. zuvor bereits *A. J. E. Jaffey*, *Animus iniuriandi: What Should the Rhodesian Courts Do About It?: Rhodesian L. J. 7* (1967) 120 ff.; *A. J. E. J.*, *Animus iniuriandi in Defamation: Rhodesian L. J. 9* (1969) 9 ff.

<sup>53</sup> *Smith, N. O. and Lardner-Burke, N. O. v. Wonesayi* (vorige Note) 305.

<sup>54</sup> *F. P. von den Heever*, *Aquilian Damages in South African Law* (1945) S. VIII.

series of decisions of the Courts, spread over many years, become so engrafted into our system as to become part of that system the problem, as I see it, is something much deeper than merely deciding whether or not to uphold the principle of stare decisis. It is a problem for the Legislature and not for the Judge.«<sup>55</sup> Daß aber die neuen, Beadle, C.J., weniger sympathischen Puristenlehren ihrerseits das law in action bereits so geprägt haben könnten, daß ein Wiederanknüpfen an die »old school« als »putting the clock back« gewertet werden könnte – dies entging dem Gericht nicht zuletzt vielleicht auch deshalb, weil es, was die Lehrbuchliteratur betrifft, sich nur auf den Erz»besudler« des Deliktsrechts, Robin McKerron (nicht aber etwa auf Van der Merwe/Olivier) bezog und weil es auch das wichtige Urteil von Jansen, J., in *Wentzel v. S. A. Yster en Staalbedryfsvereniging*<sup>56</sup> übersah<sup>57</sup>.

#### 4. Die Nähe zum südafrikanischen Privatrecht

Insgesamt betrachtet, blieben Entscheidungen wie *Smith and Lardner-Burke v. Wonesayi* aber doch die Ausnahme. Zu Divergenzen zwischen römisch-holländischem Recht in Südafrika und in Rhodesien kam es nur selten. Das lag zum einen natürlich schon an der unmittelbaren geographischen Nachbarschaft einer so kleinen und jungen und der weltweit führenden, vergleichsweise altetablierten römisch-holländisch orientierten Jurisdiktion. Hinzu kam seit UDI auch eine Art politischer Schicksalsgemeinschaft; denn wengleich in Rhodesien immer wieder die Unterschiede gegenüber dem südafrikanischen Apartheidregime hervorgehoben wurden, waren beide Länder doch unleugbar wegen ihrer Rassenpolitik zu Parias der Völkergemeinschaft geworden. Zudem war Rhodesien wegen der internationalen Sanktionen auch wirtschaftlich von Südafrika abhängig; und schließlich führte UDI auf allen Ebenen zu einer Lockerung, wenn nicht zum Abbruch der Verbindungen mit dem Mutterland England<sup>58</sup>.

Diese hier angedeuteten wirtschaftlichen, politischen, historischen und geographischen Gegebenheiten mußten ihren Niederschlag auch im juristischen Bereich finden. Eine große Anzahl rhodesischer Juristen absolvierte ihr Jurastudium an südafrikanischen Universitäten, insbesondere in Kapstadt, Grahamstown und Pietermaritzburg<sup>59</sup>. Darüber hinaus gelangten auch immer mehr in Süafrika ausgebildete Advokaten in Richterpositionen. Sir John

<sup>55</sup> *Smith, N. O. and Lardner-Burke, N. O. v. Wonesayi* (oben N. 52) 314.

<sup>56</sup> 1967 (3) S. A. 91 (T).

<sup>57</sup> Kritisch auch *A. J. G. Lang, Animus injuriandi: Rhodesian L.J. 12 (1972) 149ff.*

<sup>58</sup> So wurde etwa im Jahre 1972 der von der Universität London verliehene L. L. B.-degree durch einen solchen der Universität Salisbury ersetzt.

<sup>59</sup> Afrikaans ist in Südafrika nur Zulassungserfordernis für die Anwaltsberufe, nicht jedoch für das Jurastudium. Rhodesische/zimbabwesche Studenten konnten/können deshalb an englischsprachigen Universitäten auch ohne Afrikaans ihr Studium absolvieren

Murray (der seinerseits allerdings in Oxford studiert hatte) wurde direkt von einem Richteramt an der Transvaal Provincial Division des südafrikanischen Supreme Court (das er 18 Jahre lang bekleidet hatte) zum Chief Justice von Südrhodesien berufen (1955–1963)<sup>60</sup>. Auch andere prominente südafrikanische Juristen wurden bisweilen in Rhodesien zum Richter ernannt, so etwa im Jahre 1970 C. E. L. Beck, der aus Bloemfontein nach Salisbury kam und im Jahre 1986 als Richter am Supreme Court von Zimbabwe pensioniert wurde<sup>61</sup>. Südafrikanische Lehrbücher, soweit sie nur in englischer Sprache geschrieben waren, genossen in Rhodesien ein ähnliches Ansehen wie am Kap oder in Natal. Eigenständige rhodesische Lehrbuchliteratur gab es nur in ganz geringem Umfang, und auch das Rhodesian Law Journal, das, im Jahre 1961 gegründet<sup>62</sup>, zu einem Motor der Entwicklung einer bodenständigen rhodesischen Spielart des römisch-holländischen Rechts hätte werden können, erfüllte eine derartige Aufgabe allenfalls ansatzweise. Insbesondere aber kam den Entscheidungen der südafrikanischen Appellate Division zwar keine unmittelbare Bindungswirkung mehr zu, wohl aber eine sehr starke persuasive authority. »The sheet anchor of the Roman-Dutch law in this part of the world are the decisions of the Appellate Division of South Africa«, wie Sir Hugh Beadle, ebenfalls in dem *Wonesayi*-Fall, feststellte<sup>63</sup>. Und er betonte auch in diesem Zusammenhang den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. »In the past the decisions of the Appellate Division of South Africa have been regarded as [decisions in which practitioners of this country can place almost complete reliance], and if they are no longer still to be so regarded, the future of the Roman-Dutch law in Rhodesia will be uncertain indeed.«<sup>64</sup> Insgesamt

(häufig mehr schlecht als recht, da ihnen damit der Zugang zu wichtigem Material – wie z. B. Lehrbücher/Entscheidungen – fehlt).

<sup>60</sup> Vgl. die biographischen Angaben Death of Sir John Murray: Rhodesian L. J. 16 (1976) 168 ff.; vgl. auch The Late Sir John Murray: S. Afr. L. J. 93 (1976) 324. Zu Einzelheiten seiner Ernennung (das Amt wurde zunächst O. D. Schreiner, J. A., angeboten) vgl. *Stumbles* (oben N. 5) 60 f.; *Ellison Kahn*, Oliver Deneys Schreiner, A South African, in: *Fiat Justitia*, Essays Oliver Deneys Schreiner (1983) 38 f.

<sup>61</sup> Über seine Karriere bis zur Ernennung als Richter in Rhodesien vgl.: Swearing-in of Mr. Justice Beck (oben N. 5) 137 ff. – Vgl. weiterhin etwa die Laufbahnen von Anton Hathorn und J. B. Macauley, die beide Anwälte in Natal waren, bevor sie zu Richtern in Rhodesien ernannt wurden. Vgl. Retirement of Mr. Justice Hathorn and Swearing-in of Mr. Justice Goldin: Rhodesian L. J. 5 (1965) 39 ff. (zu Mr. Justice Hathorn) und: Swearing-in of Mr. Justice Macauley: Rhodesian L. J. 9 (1969) 99 ff. Allgemein zu südafrikanischen Richtern in Rhodesien die Äußerung von *Beadle*, Swearing-in of Mr. Justice Beck (oben N. 5) 138.

<sup>62</sup> Zunächst (bis 1962) unter dem Titel The Rhodesia and Nyasaland Law Journal, ab 1979 unter dem Titel The Zimbabwe Law Journal, seit 1983: The Zimbabwe Law Review. Herausgeber war von 1961 bis 1982 R. H. Christie.

<sup>63</sup> *Smith, N. O. and Lardner-Burke, N. O. v. Wonesayi* (oben N. 52) 315.

<sup>64</sup> *Smith, N. O. and Lardner-Burke, N. O. v. Wonesayi* (oben N. 52) 315; vgl. ferner folgende Passage aus demselben Urteil: »Ever since the days when the Appellate Division of South Africa was our Court of Appeal, we have treated the decisions of that Court with the

hoffe er aufrichtig, »that the Roman-Dutch law in Rhodesia will not develop on different lines from that in South Africa.«

#### IV. Das Privatrecht Zimbabwes

##### 1. Einführung

Blieb also Rhodesien im Ergebnis damit auch nach 1965 kaum mehr als eine fünfte Provinz der modernen südafrikanischen Version des römisch-holländischen Rechts, so hätte man hier doch jedenfalls für die Zeit nach 1980 eine deutliche Veränderung erwarten bzw. befürchten können. Der am 18. 4. 1980 vollzogene Umbruch bedeutete die tiefgreifendste politische Zäsur in der Geschichte Rhodesien/Zimbabwes seit der Ankunft der Pioniertruppe neun Jahrzehnte zuvor. Es kam auf der einen Seite zu einer Wiederannäherung an England. Für eine Übergangszeit<sup>65</sup> wurde das Land sogar wieder direkt von Whitehall aus regiert, die Verfassung von Zimbabwe wurde als Anhang der (britischen) Zimbabwe Constitution Order publiziert, und mit Erlangung seiner Unabhängigkeit wurde das Land Mitglied des Commonwealth of Nations. Andererseits wurde Zimbabwe nunmehr zu einem sozialistischen Staat, dessen Verwurzelung in den Lehren des Marxismus-Leninismus immer wieder von offizieller Seite hervorgehoben wurde<sup>66</sup>. Damit stellte sich die Frage, wie mit einer derartigen »antikapitalistischen« Staatszielorientierung ein Privatrecht zu vereinbaren ist, zu dessen Grundlagen Vertrags- und Testierfreiheit sowie der absolute Eigentumsbegriff gehören. Drittens und wichtigstens, wurde Südafrika – das Land, von dem Rhodesien das römisch-holländische Recht erhalten hatte und von dem seine Rechtskultur immer noch seine hauptsächliche Inspiration bezog – nunmehr zum Staatsfeind Nummer eins. Zimbabwe übernahm sofort eine führende Rolle innerhalb der sogenannten »frontline states« und beteiligte sich jedenfalls verbal, gelegentlich auch aktiv, am Kampf gegen das Apartheid-Regime in Pretoria. Eine Reihe schwarzer Nationalistenführer hatte denn auch während des Befreiungskampfes die Abschaffung des römisch-holländischen Rechts und seine Ersetzung durch englisches Recht im nachrevolutionären Zimbabwe gefordert<sup>67</sup>; und es waren die Protagonisten des alten Rhodesien gewesen, die

greatest respect, almost in the same manner as we would treat one of our own decisions; and it is right that this should be so.«

<sup>65</sup> Von Dezember 1979 bis zum 18. 4. 1980. Generalgouverneur war Lord Soames.

<sup>66</sup> Vgl. etwa die Angaben in *Jeffrey Herbst*, *State Politics in Zimbabwe* (1990) 31 ff., 230 ff. und passim; *G. Feltoe*, *Rock or Shifting Sand?, Socialism, Capitalism and the Law: Zimbabwe* L.J. 22 (1982) 38 ff.; vgl. auch *Gerald Braun*, *Zimbabwe: Sozialistisches Land ohne Sozialismus: V. R. Ü.* 21 (1988) 40 ff.; *Stoneman/Cliffe* (oben N. 15) 1 ff., 37 ff.

<sup>67</sup> Vgl. *Christie*, *Roman-Dutch or English Law* (oben N. 33) 95.

demgegenüber für die Beibehaltung des römisch-holländischen Rechts plädiert hatten<sup>68</sup>.

Doch es kam, jedenfalls oberflächlich betrachtet, ganz anders. Die Politik der »Nationalen Versöhnung«, mit der die Regierung Mugabe über die durch den Bürgerkrieg aufgerissenen Gräben hinweg den Aufbau eines neuen, nicht-rassistischen Zimbabwe in Angriff nahm, verhinderte auch im verfassungs- und justizpolitischen Rahmen größere Erschütterungen. So enthält etwa die Verfassung Zimbabwes einen Grundrechtekatalog, in dem sich insbesondere auch eine Garantie des Privateigentums findet<sup>69</sup>. Anders als in früheren Verfassungen sind diese Grundrechtsgewährleistungen justitiabel; als Hüter der Verfassung fungiert eine nach wie vor von der Regierung unabhängige Judikative<sup>70</sup>. Die Richter des High Court sowie des Supreme Court<sup>71</sup> werden zwar vom Staatspräsidenten ernannt, der aber zuvor die jedenfalls teilweise aus Repräsentanten des Justizapparates bestehende Judicial Service Commission konsultiert haben muß<sup>72</sup>. Bislang scheint es zu offenbar politisch motivierten Ernennungen nicht gekommen zu sein. Nach wie vor ist am Supreme Court ein Richter im Amt, der noch unter dem alten Regime ernannt worden ist; als dienstältester der fünf Supreme Court Richter ist er nach der Pensionierung von Dumbutshena, C.J., im April 1990 sogar zum Acting Chief Justice (A. C. J.) berufen worden. Enoch Dumbutshena, der erste schwarze Richter Zimbabwes, wurde, obwohl er in mehreren politisch hochbrisanten Verfahren gegen die Regierung entschied, in rascher Folge erst zum Judge President, dann zum Chief Justice ernannt<sup>73</sup>. Und unter

<sup>68</sup> So etwa *Christie*, Roman-Dutch or English Law (oben N. 33); *ders.*, What Is Our Common Law?: Rhodesian L. J. 18 (1978) 113f.

<sup>69</sup> Art. 16 (der Text umfaßt 5 DIN-A4-Seiten). Zu den verschiedenen Aspekten der Wirtschaftspolitik seit 1980 auf dieser Grundlage vgl. *Herbst* (oben N. 66) 37ff. Speziell zur Frage der Bodenreform vgl. neuestens *Robin Palmer*, Land Reform in Zimbabwe, 1980–1990: African Affairs 89 (1990) 163ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>70</sup> Dazu *Ncube/Nzombe* (oben N. 18) 9ff.; *N. J. McNally*, Law in a Changing Society, A View from North of the Limpopo: S. Afr. L. J. 105 (1988) 439f.

<sup>71</sup> Der Supreme Court ist das höchste Gericht in Zimbabwe. Er ist insbesondere das Rechtsmittelgericht gegenüber Entscheidungen des High Court. Unter der Ebene des High Court befinden sich die Magistrates' Courts und (für Streitigkeiten, in denen African Customary Law Anwendung findet) die Community Courts und Village Courts. Zur Gerichtsorganisation in Zimbabwe im einzelnen vgl. *J. A. Bennett*, The Legal System of Zimbabwe: Zimbabwe L. J. 22 (1982) 150ff.; *Ellison Kahn*, The Zimbabwe Bench and Bar: S. Afr. L. J. 99 (1982) 297f.; *Christie*, Business Law in Zimbabwe (oben N. 25) 30f.; vergleichend *John Redgment*, The Structure of the Courts of Appeal of Botswana, Bophutatswana and Zimbabwe: Comp. Int. L. J. S. Afr. 21 (1988) 105ff.; vgl. auch, insbesondere unter dem Aspekt der Anwendbarkeit des African Customary Law, *Welshman Ncube*, Family Law in Zimbabwe (1989) 8ff.; *Andrew Ladley*, Changing Courts in Zimbabwe, The Customary Law and Primary Courts Act: J. Afr. L. 26 (1982) 95ff.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 84 in Verb. mit Art. 90 Constitution of Zimbabwe.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu die von *McNally* (oben N. 70) auf S. 441 zitierte Rede des Justizministers Zimbabwes.

den seit 1980 an den High Court berufenen Richtern befanden sich – unter anderen – ein ehemaliger Parlamentsabgeordneter der Rhodesian Front sowie der Kabinettssekretär von Ian Smith.

Was nun speziell das Privatrecht betrifft, so hat seit 1980 wohl niemand mehr ernsthaft die radikale Ersetzung des römisch-holländischen durch entweder englisches oder ein sozialistisches Privatrecht gefordert; und obwohl damit die Anwendbarkeit eines hochkomplexen Systems von Rechtsquellen aus verschiedenen Perioden der Rechtsentwicklung und in unterschiedlichen Sprachen verbunden ist, wird auch eine Kodifikation des Privatrechts bislang jedenfalls nicht erwogen<sup>74</sup>. Was bedeutet dies nun für die aktuelle Rechtsanwendung? Überblickt man die zu den klassischen Kernbereichen des Privatrechts ergangene Judikatur der vergangenen zehn Jahre, so lassen sich fünf Entscheidungen des Zimbabwe Supreme Court nennen, die für die Verankerung des zimbabweschen Rechts in der römisch-holländisch/südafrikanischen Tradition von besonderem Interesse sind<sup>75</sup>.

## 2. Römisch-holländisches Recht in Entscheidungen des Supreme Court of Zimbabwe

Da ist zum einen die Entscheidung *Swift v. Pichanick N. O. and Others* aus dem Jahre 1982<sup>76</sup>. Hier war der von einer Erblasserin unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzte Erbe vor dem Eintritt dieser Bedingung gestorben. Auch die für diesen Fall im Testament benannte Ersatzerbin war inzwischen tot. Damit stellte sich mehr als 15 Jahre nach dem Ableben der Erblasserin heraus, daß die gesetzliche Erbfolge eintrat. Aber welcher Zeitpunkt war für die Bestimmung des oder der gesetzlichen Erben maßgeblich: der des

<sup>74</sup> Eine Kodifikation des Strafrechts schien demgegenüber jedenfalls 1984/85 kurz vor dem Abschluß zu stehen. Hierzu *Geoffrey Feltoe*, Codification of the Zimbabwean Criminal Law: JbAfrR 5 (1984) 35 ff. Kritisch (aus marxistischer Sicht) *Lawrence Tshuma*, The Codification of Criminal Law in Zimbabwe Against the Background of Limitations Provided Under the Lancaster House Constitution: Zimbabwe L. Rev. 5 (1987) 195 ff. (»Thus in Zimbabwe without changes in the property relations, any change in the law is likely to favour the entrenchment of the neocolonial stage of capitalism«). Die Kodifikation des Strafrechts verfolgt ausdrücklich das Ziel »to sever links with the South African criminal law system which is designed to perpetuate the gross injustices and exploitation of the apartheid regime« (vgl. *Feltoe* 37, 40; *Tshuma* 199 [beide diese Note]).

<sup>75</sup> Was folgt, basiert auf einer Auswertung der in den South African Law Reports publizierten Entscheidungen der Gerichte Zimbabwes für den Zeitraum von 1980 bis Anfang 1990. Die Zimbabwe Law Reports (die außerhalb Zimbabwes, selbst in Südafrika, nur sehr schwer erhältlich sind) enden bislang (April 1991) mit dem Berichtsjahr 1985 (erschienen 1990). Eine Durchsicht aller im Jahre 1984 in den Zimbabwe Law Reports publizierten Entscheidungen hat den Eindruck bestätigt, daß so gut wie alle Entscheidungen von mehr als rein lokalem Interesse in den South African Law Reports publiziert werden.

<sup>76</sup> *Swift v. Pichanick N. O. and Others*, 1982 (1) S. A. 904 (Z. S. C.).

Todes der Erblasserin oder jener eineinhalb Jahrzehnte später, als das Eingreifen der gesetzlichen Erbfolge feststand? Diese Frage war von südafrikanischen Gerichten in einer Reihe von Entscheidungen im Sinne der ersten Alternative entschieden worden. Den als autoritativ betrachteten Ausgangspunkt bildete hierbei ein in einem sehr speziellen Kontext ergangenes und nicht näher begründetes dictum von Juta, A.J.A., in *Union Government (Minister of Finance) v. Olivier* (»In determining who are the heirs ab intestato of a deceased person regard must be had to the date of his death«)<sup>77</sup>. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1971 hatte die südafrikanische Appellate Division zwar per obiter dictum Zweifel an der Korrektheit dieser Lösung erkennen lassen<sup>78</sup>, aber noch 1982 hielt sich F. S. Steyn, J., nicht nur an das in *Union Government v. Olivier* niedergelegte Prinzip gebunden, sondern stellte auch ausdrücklich fest, daß dies der Rechtslage im klassischen römisch-holländischen Recht entspreche<sup>79</sup>. Der Zimbabwe Supreme Court knüpfte demgegenüber etwa gleichzeitig an das obiter dictum in *Dales v. Lello* an. Zwar habe sich in Südafrika jedenfalls bis hin zu *Dales v. Lello* eine allgemeine Regel herausgebildet, nach der stets der Tod des Erblassers den für die gesetzliche Erbfolge maßgeblichen Zeitpunkt bilde, und dieser Standpunkt werde auch in der Lehrbuchliteratur ganz einhellig gebilligt. Solange sie von der Appellate Division nicht ausdrücklich aufgehoben werde, sei die Regel als Bestandteil des südafrikanischen Rechts zu betrachten. Für Zimbabwe gelte dies freilich nicht. Damit ergab sich für den Supreme Court die Möglichkeit, die Problematik noch einmal von Grund auf zu durchdenken. Einer der beteiligten Richter hielt dabei die in Südafrika herrschende Meinung sachlich für zutreffend<sup>80</sup>. Die Mehrheit des Gerichtes entschied sich demgegenüber jedoch für den späteren der beiden in Betracht kommenden Zeitpunkte<sup>81</sup>; er empfehle sich aus Gründen der Logik und Praktikabilität. Auf irgendwelche ihren Standpunkt stützenden Quellen bezog sich die Gerichtsmehrheit nicht; in dem Minderheitsvotum von Georges, J.A., wird es sogar ausdrücklich als unstreitig bezeichnet, daß das römisch-holländische Recht in diesem Punkte schweige.

Die Entscheidung *Swift v. Pichanick* hatte eine interessante Nachgeschichte, denn der dort vertretene Standpunkt verfehlte nicht seine Wirkung auf Südafrika. Er fand Eingang in die Literatur und stieß dort jedenfalls überwie-

<sup>77</sup> 1916 A. D. 74 (90); vgl. weiter Ex parte *Dodgson*, 1942 C. P. D. 199; *Estate Anderson v. Anderson and Others*, 1946 N. P. D. 568 (578); *Ramsumer N. O. v. The Master (N. P. D.) and Others*, 1978 (4) S. A. 877 (N) 881.

<sup>78</sup> *Lello and Others v. Dales N. O.*, 1971 (2) S. A. 330 (A) 337 f.

<sup>79</sup> *Administrators, Estate Davies v. Administrators, Estate Glaisher*, 1982 (4) S. A. 184 (W. L. D.) 186.

<sup>80</sup> *Swift v. Pichanick N. O. and Others* (oben N. 76) 911 ff. (Georges, J. A.).

<sup>81</sup> *Swift v. Pichanick N. O. and Others* (oben N. 76) 905 ff. (Lewis, J. P.) und 910 f. (Baron, J. A.).

gend auf Zustimmung<sup>82</sup>. Vor allem aber zeigte sich auch die Cape Provincial Division des südafrikanischen Supreme Court von den in den beiden Mehrheitsvoten ausgeführten Gründen beeindruckt. »I must say immediately that they are compelling and have much both in logic and common sense to commend them«, konstatierte Tebbut, J.,<sup>83</sup> hielt sich aber gleichwohl nicht für befugt, von einer jedenfalls in Südafrika seit fast 70 Jahren angewandten Regel abzuweichen. Hierzu bedürfte es einer für alle Provinzabteilungen des Supreme Court bindenden Grundsatzentscheidung der Appellate Division. Eine solche ist inzwischen in der Tat ergangen. Joubert, J. A., nahm dabei das Berufungsverfahren gegen die Entscheidung der Cape Provincial Division zum Anlaß einer umfassenden Analyse der Rechtsquellen des gemeinen Rechts<sup>84</sup>. »[M]elius est petere fontem quam sectari rivulos«, erklärte er und spannte alsdann den Bogen seiner Erörterungen von Gai. III, 12 und Paul. D. 28, 2, 9, 2 bis hin zu Savigny, der in seinem »System des heutigen Römischen Rechts« lehrt, daß der Erbanfall erst im Zeitpunkt der Entkräftung des Testaments (also etwa: im Zeitpunkt der Vereitelung einer Bedingung) eintrete; erst dann werde nämlich gewiß, daß keine testamentarische Erbfolge gegeben sei, sondern daß vielmehr die Intestaterbfolge eröffnet werde<sup>85</sup>. Diese Ansicht sei auch von den Autoren des römisch-holländischen Rechts vertreten worden und bilde heute noch das gemeine Recht Südafrikas<sup>86</sup>. Damit hat sich im Ergebnis die Mehrheitsmeinung in *Swift v. Pichanick* durchgesetzt (auf die Joubert, J. A., freilich merkwürdigerweise mit keinem Wort eingeht).

Die zweite interessante Entscheidung ist *Olsen v. Standaloft*<sup>87</sup>. Hier geht es um die Frage der Wirksamkeit von Heiratsvermittlungsverträgen. Seit *King v. Gray*<sup>88</sup>, einer Entscheidung des Cape Supreme Court aus dem Jahre 1907, war das südafrikanische Recht in dieser Frage unter den Einfluß des englischen Rechts geraten. Maßgeblich war dort die nur zwei Jahre zuvor erlassene Entscheidung *Hermann v. Charlesworth*<sup>89</sup>, derzufolge Heiratsvermittlungsverträge als unwirksam (contrary to public policy) anzusehen waren. Grund:

<sup>82</sup> Vgl. *Ian B. Murray*, Law of Succession (Including Administration of Estates): Ann. Surv. S. Afr. L. 1982, 253 (»... both intellectually satisfying and realistic«); *ders.*, Law of Succession (Including Administration of Estates): Ann. Surv. S. Afr. L. 1985, 277; *H. J. Erasmus/M. J. de Waal*, Wills and Succession, in: The Law of South Africa XXXI (1988) N. 143; lediglich referierend *H. J. Erasmus*, in: *Lee/Honoré*, Family, Things and Succession<sup>2</sup> (1983) N. 540; *Corbett u. a.*, The Law of Succession in South Africa, Supplement (1985) 50. Ablehnend *H. R. Hahlo*, Postponed Intestacy: S. Afr. L. J. 99 (1982) 505 ff.

<sup>83</sup> *Ex parte Harris: In re Estate MacGregor*, 1985 (4) S. A. 302 (307).

<sup>84</sup> *Harris v. Assumed Administrator, Estate MacGregor*, 1987 (3) S. A. 563 (A) 571 ff., vgl. hierzu *M. J. de Waal*, Die tydstep vir die vasstelling van die identiteit van intestate erfgename: T. Rom. Holl. R. 51 (1988) 97 ff.

<sup>85</sup> *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts VIII (1849) 485 f.

<sup>86</sup> Im deutschen Recht sind die §§ 2066, 2074 und 2104 BGB vergleichbar.

<sup>87</sup> *Olsen v. Standaloft*, 1983 (2) S. A. 668 (Z. S. C.).

<sup>88</sup> (1907) 24 S. C. 554.

<sup>89</sup> [1905] 2 K. B. 123. Hierzu vgl. etwa *G. H. Treitel*, The Law of Contract<sup>7</sup> (1987) 337.

»[they] involved the introduction of the consideration of a money payment into that which should be free from any such taint«. Diese Beurteilung steht im Gegensatz zum römisch-holländischen Recht, wie zwei Jahrzehnte später die Transvaal Provincial Division zu Recht erkannte<sup>90</sup>. Insbesondere Cornelis van Bynkershoek hatte sich in seinen »Quaestiones Juris Privati« ausführlich mit der Thematik auseinandergesetzt und in diesem Zusammenhang auch auf eine Entscheidung des Hooge Raad van Holland en Zeeland hingewiesen<sup>91</sup>. Gleichwohl folgten auch die Richter aus dem Transvaal im Ergebnis der aus dem englischen Recht übernommenen Bewertung solcher Verträge. Gelegentlicher literarischer Kritik zum Trotz war damit die Lehre von der Unwirksamkeit von Heiratsvermittlungsverträgen in der südafrikanischen Praxis fest verwurzelt.

Der Zimbabwe Supreme Court nahm den Fall *Olsen v. Standaloft* zum Anlaß, die gesamte Problematik erneut aufzurollen. Nach eingehender Analyse zunächst des englischen, dann des südafrikanischen Rechts erklärte Fieldsend, C.J., im Anschluß an Lord Atkins<sup>92</sup> zunächst, daß Verträge nur dann für unwirksam zu halten seien, wenn die sich aus ihnen ergebenden Nachteile für das öffentliche Wohl außer Frage stünden. Gemessen an einem derartigen strengen Test seien Heiratsvermittlungsverträge aber nicht zu beanstanden: »It is difficult to escape the feeling that in general the objection to this type of contract has been an emotional and sentimental one. Marriage, it seems to be thought, should be made in heaven, uncontaminated by monetary considerations of any kind.«<sup>93</sup> Auch diese grundsätzliche Neuorientierung hat inzwischen auf Südafrika zurückgewirkt, wo jedenfalls die Transvaal Provincial Division des Supreme Court die realistischere Beurteilung in *Olsen v. Standaloft* ausdrücklich übernommen hat<sup>94</sup>.

Die Entscheidung *Book v. Davidson*<sup>95</sup> bietet demgegenüber gewissermaßen den umgekehrten Fall einer dramatischen Rechtsprechungsänderung in Südafrika, der dann der Zimbabwe Supreme Court gefolgt ist. Es geht um die rechtliche Beurteilung vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen. Beeinflußt von englischem Recht<sup>96</sup> hatten südafrikanische Gerichte derartige Vereinbarungen jahrzehntelang für prima facie unwirksam gehalten<sup>97</sup>. Seit den

<sup>90</sup> *Hurwitz v. Taylor*, 1926 T. P. D. 81.

<sup>91</sup> *Cornelis van Bynkershoek*, *Quaestiones Juris Privati* (Lugduni Batavorum 1744) Lib. II, Cap. VI.

<sup>92</sup> *Fender v. St. John-Mildmay*, [1938] A. C. 1 (12).

<sup>93</sup> *Olsen v. Standaloft* (oben N. 87) 676.

<sup>94</sup> *A. B. Wall's Marriage Bureau v. Pienaar*, 1986 (2) S. A. 165 (T); vgl. weiter *D. J. Joubert*, *General Principles of the Law of Contract* (1987) 135.

<sup>95</sup> *Book v. Davidson*, 1989 (1) S. A. 638 (Z. S. C.).

<sup>96</sup> Vgl. insbesondere *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd.*, [1894] A. C. 535 (H. L.) per *Lord MacNaughten*; *Herbert Morris Ltd. v. Saxelby*, [1916] 1 A. C. 688 (H. L.) per *Lord Atkinson*.

<sup>97</sup> Vgl. etwa *Coetzee v. Eloff*, 1923 E. D. L. 113; *Vermeulen v. Smit*, 1946 T. P. D. 219;

späten siebziger Jahren hatte sich hier, zunächst auf der Ebene der Provinzialgerichte, ein Wandel angebahnt<sup>98</sup>. Unter Berufung auf die Quellen des römisch-holländischen Rechts löste sich alsdann im Jahre 1984 auch die Appellate Division des Supreme Court von der traditionellen Linie und verhalf damit dem Prinzip des »pacta sunt servanda« auch im Hinblick auf Wettbewerbsbeschränkungen jedenfalls zu grundsätzlicher Geltung<sup>99</sup>. Auch der Zimbabwe Supreme Court änderte daraufhin seine bislang ebenfalls vom englischen Recht inspirierte<sup>100</sup> Rechtsprechung. Zwar sei um der Rechtssicherheit willen eigenen Vorentscheidungen normalerweise Bindungswirkung beizumessen, doch bedürften andererseits gerade in einer sich wandelnden Gesellschaft die Gerichte einer gewissen Flexibilität, um das Recht den neuen Gegebenheiten anzupassen<sup>101</sup>. Vorliegend geböten »common sense and logic« vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen jedenfalls prima facie als wirksam anzusehen. Zudem komme den Entscheidungen des Supreme Court in Südafrika eine »very persuasive authority«<sup>102</sup> zu, handele es sich hier doch um eine Schwesterjurisdiktion, die, wie Zimbabwe, dem Roman-Dutch common law folge. Es empfehle sich angesichts dessen nicht, eine derart bedeutende (»momentous«) Entscheidung wie die in *Magna Alloys* zu ignorieren.

*Zimbabwe Banking Corporation v. Pyramid Motor Corporation*<sup>103</sup>, die vierte der erwähnten Entscheidungen, beschäftigt sich mit einer Frage, die in der Vergangenheit von rhodesischen und südafrikanischen Gerichten unterschiedlich beantwortet worden ist. Es geht um das Problem der Haftung einer Bank, die schuldhaft einen von einem Nichtberechtigten vorgelegten

---

*Katz v. Eftimiou*, 1948 (4) S. A. 603 (0) sowie die Darstellung bei *Ellison Kahn*, *The Rules Relating to Contracts in Restraint of Trade, Whence and Whither?*: S. Afr. L.J. 85 (1968) 391 ff.

<sup>98</sup> *Roffey v. Catterall, Edwards & Gundry (Pty.) Ltd.*, 1977 (4) S. A. 494 (N); *National Chemsearch (S. A.) (Pty.) Ltd. v. Borrowman*, 1979 (3) S. A. 1092 (T); *Drewtons (Pty.) Ltd. v. Carlie*, 1981 (1) S. A. 305 (C).

<sup>99</sup> *Magna Alloys and Research (S. A.) (Pty.) Ltd. v. Ellis*, 1984 (4) S. A. 874 (A). Hierzu *J. T. Schoombee*, *Agreements in Restraint of Trade, The Appellate Division Confirms New Principles*: T. Rom. Holl. R. 4 (1985) 127 ff.; *Joubert* (oben N. 94) 144 ff.

<sup>100</sup> Vgl. etwa *Lewin v. Sanders*, 1937 S. R. 147; *Spa Food Products Ltd. v. Estate Sarif*, 1951 S. R. 279; ferner *Christie*, *Business Law* (oben N. 25) 95 ff.

<sup>101</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Practice Direction (Precedent) von *Fieldsend*, C. J. (»... particularly in a changing society, it is essential for the Court to have some flexibility so as not to restrict unduly its power to develop the law in proper cases to meet changing conditions and injustice in particular cases. For the future this Court, while treating its past decisions and those of its predecessors as normally binding, will depart from a previous decision when it appears right to do so, applying the principles generally accepted under our law«), publiziert in: Z. L. R. 1981, 417 und 1981 (4) S. A. 981 und zitiert von *Dumbutshena*, C. J., in *Book v. Davidson* (oben N. 95) 651. Vgl. auch die Diskussion bei *Kahn* (oben N. 71) 295 ff.

<sup>102</sup> *Book v. Davidson* (oben N. 95) 644.

<sup>103</sup> 1985 (4) S. A. 553 (Z. S. C.).

Scheck einlöst, gegenüber dem wahren Inhaber dieses Schecks. Der rhodesische High Court hatte in zwei Entscheidungen – offenbar unter dem Einfluß englischen Rechts – eine derartige Haftung bejaht<sup>104</sup>, die Witwatersrand Local Division des südafrikanischen Supreme Court sie demgegenüber verneint<sup>105</sup>. Maßgeblich für die restriktive Haltung des südafrikanischen Gerichts war die grundsätzliche Ausklammerung reiner Vermögensschäden aus dem Anwendungsbereich der *lex Aquilia*, die sich – ihrerseits vom englischen Recht der Zeit vor *Hedley Byrne and Heller*<sup>106</sup> her inspiriert – weithin durchgesetzt hatte<sup>107</sup>. Erst in der überaus wichtigen Entscheidung *Administrator Natal v. Trust Bank van Afrika Bpk.* stellte die südafrikanische Appellate Division in diesem Punkt die Weichen um. »In my opinion the ground of action [sc.: for pure economic loss based on negligent misstatement] can and ought to be placed in the extended range of application of the *lex Aquilia*«, erklärte Rumpff, C.J.,<sup>108</sup> und stellte damit den Anschluß des modernen südafrikanischen Deliktsrechts an den Stand her, den es zu Zeiten von Naturrecht und *usus modernus* schon einmal erreicht hatte<sup>109</sup>. Es ist nur konsequent, daß sich in der Zeit seit 1979 die Gerichte darum zu bemühen begannen, die Implikationen der *Trust-Bank*-Entscheidung auch außerhalb von *Negligent-misstatement*-Fällen zu erforschen, und in diesen Zusammenhang gehört auch die Entscheidung des Zimbabwe Supreme Court über die Bankenhaftung bei der Scheckeinlösung. Sie steht also nicht im Widerspruch zum südafrikanischen Recht, sondern bemüht sich gerade, aus den dort gewonnenen Erkenntnissen die passenden Folgerungen zu ziehen<sup>110</sup>. Es ist zu erwarten, daß die südafrikanischen Gerichte ihrerseits bei nächster Gelegenheit das in *Atkinson Oates* erzielte Ergebnis in Frage stellen werden<sup>111</sup>.

Schließlich dann die eingangs bereits erwähnte Entscheidung von Dumbutshena, C.J., zum *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*<sup>112</sup>, in der nicht nur ausdrücklich bekräftigt wird, daß das diesbezügliche prätorische

<sup>104</sup> *Rhostar (Pvt.) Ltd. v. Netherlands Bank of Rhodesia Ltd.*, 1972 (2) S. A. 703 (R); *Philsam Investments (Pvt.) Ltd. v. Beverley Building Society and Another*, 1977 (2) S. A. 546 (R).

<sup>105</sup> *Atkinson Oates Motors Ltd. v. Trust Bank of Africa Ltd.*, 1977 (3) S. A. 188 (W).

<sup>106</sup> [1964] A. C. 465 (H. L.).

<sup>107</sup> Vgl. allgemein P. Q. R. *Boberg*, *The Law of Delict I* (1984) 58 ff., 103 ff.; Zimmermann, *Law of Obligations* (oben N. 45) 1042 f.

<sup>108</sup> 1979 (3) S. A. 824 (A) 832.

<sup>109</sup> Hierzu Zimmermann, *Law of Obligations* (oben N. 45) 1022 ff., 1035 f.

<sup>110</sup> In diesen Zusammenhang gehört auch etwa *Autorama (Pvt.) Ltd. v. Farm Equipment Auctions (Pvt.) Ltd.*, 1984 (3) S. A. 480 (Z. H. C.).

<sup>111</sup> Vgl. aus der Literatur bereits C. R. *Beer*, *Die aanspreeklikheid van die invorderingsbankier teenoor die ware eienaar van 'n tjek*: T. Rom. Holl. R. 40 (1977) 360 ff.; *Louise Tager*, *The Collecting Banker's Liability to the True Owner of a Lost or Stolen Cheque*: S. Afr. L. J. 96 (1979) 372 ff.; A. E. *Waring*, *Where the Buck Stops*: T. Rom. Holl. R. 43 (1980) 416 ff.; anders D. V. *Cowen*, *The Liability of a Bank in the Computer Age in Respect of a Stolen Cheque*: T. Suid-Afr. R. 1981, 193 ff.

<sup>112</sup> *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v. Zimbabwe National Railways* (oben N. 1).

sche Edikt in Zimbabwe nach wie vor in Geltung ist, sondern in der sein Geltungsbereich sogar über den Seetransport hinaus auf den Landtransport erstreckt wird. Damit knüpft Dumbutshena, C.J., nach eingehender Würdigung der südafrikanischen Lehrbuch- und Entscheidungsliteratur an die dort herrschende Meinung an<sup>113</sup>. Sie steht ihrerseits mit der zur Zeit des *usus modernus* überwiegend vertretenen Ansicht im Einklang<sup>114</sup>. Was die Analyse dieser »alten Autoritäten« betrifft, beruft sich Dumbutshena, C.J., auf die maßgebliche südafrikanische Monographie von T. E. Dönges zu diesem Thema<sup>115</sup>.

Insgesamt vermitteln diese Entscheidungen den Eindruck, daß sich von einem eigenständigen Recht Zimbabwes auch heute nicht eigentlich sprechen läßt; es handelt sich nach wie vor um eine Spielart des modernen südafrikanischen Privatrechts. Gerade Dumbutshena, C.J., hat nachdrücklich die fort-dauernde Anwendbarkeit des römisch-holländischen Rechts in Zimbabwe betont und dabei auch die enge Verwandtschaft zum südafrikanischen Recht herausgestellt<sup>116</sup>; er hat in diesem Zusammenhang sogar davon gesprochen, daß die zimbabweschen Gerichte sich insoweit »in good company«<sup>117</sup> befinden. Und in der Tat greifen höchstrichterliche Entscheidungen beider Länder nahtlos ineinander. Anregungen des Supreme Court in Zimbabwe werden von der südafrikanischen Literatur und Judikatur aufgegriffen, genauso wie umgekehrt die Gerichte Zimbabwes neuere Entwicklungen des südafrikanischen Rechts aufnehmen und ihrerseits weiterführen. Es liegt in der Natur der Sache, daß dabei Südafrika überwiegend der gebende Teil ist. Schließlich handelt es sich bei Zimbabwe um eine sehr kleine Jurisdiktion mit insgesamt nur 18 Richtern am Supreme Court in Harare und dem High Court in Harare und Bulawoyo<sup>118</sup> sowie kaum mehr als 350 Anwälten im ganzen Land<sup>119</sup>. Das nach wie vor bestehende Band zu Südafrika zeigt sich im übrigen insbesondere auch an der Tatsache, daß die wichtigsten Entscheidungen zimbabwescher Gerichte immer noch im Rahmen der *South African Law Reports* veröffentlicht werden. Sie werden für die Veröffentlichung von einem der dienstältesten Advokaten in Harare ausgewählt und vorgeschlagen.

<sup>113</sup> *Tregidga & Co. v. Sivewright*, (1897) 14 S. C. 70 (81 f.); *CSAR v. Adlington & Co.*, 1906 T. S. 964 (970 f.); *Hall-Thermotank Africa Ltd. v. Prinsloo*, 1979 (4) S. A. 91 (P); vgl. aber auch *Stocks & Stocks (Pty.) Ltd. v. T. J. Daly & Sons (Pty.) Ltd.*, 1979 (3) S. A. 754 (A) 761.

<sup>114</sup> *Zimmermann*, *Law of Obligations* (oben N. 45) 522.

<sup>115</sup> Vgl. T. E. Dönges, *The Liability for Safe Carriage of Goods in Roman-Dutch Law* (1928) 73 ff.

<sup>116</sup> *In Book v. Davidson* (oben N. 95) 644.

<sup>117</sup> *Book v. Davidson* (oben N. 95) 644.

<sup>118</sup> Vgl. die Angaben im Anhang zum März-Heft 1990 der *South African Law Reports*, S. XI.

<sup>119</sup> Nach Angaben der *Law Society*, Harare. Dort ist auch eine »List of Firms of Legal Practitioners«, Stand August 1989, erhältlich. Vgl. ferner die Angaben (und weitere Aufschlüsselung Stadt/Land) bei *Reg Austin*, *Access to Legal Education and the Legal Profession in Zimbabwe*: *Zimbabwe L. Rev.* 5 (1987) 175.

### 3. Die Rahmenbedingungen für die Pflege des römisch-holländischen Rechts

Freilich fallen auf dieses Bild einer idyllischen und alles in allem recht unerwarteten Kontinuität aber auch Schatten. So wurden nach Erlangung der Unabhängigkeit im Jahre 1980 die Zulassungserfordernisse für die Juristenberufe radikal verändert<sup>120</sup>. Als Anwalt konnte nunmehr praktizieren, wer in einem Land sein Studium absolviert hatte, in dem römisch-holländisches oder englisches Recht gilt und in dem Englisch offizielle Landessprache ist<sup>121</sup>. Beseitigt wurde die Trennung zwischen den beiden herkömmlichen Arten von Anwaltsberufen<sup>122</sup>, und die Registrierung als »legal practitioner« ist im übrigen auch nicht mehr von weiteren, einer praktischen Ausbildung folgenden Examina abhängig<sup>123</sup>. Mit diesen Maßnahmen versuchte man, das Personal des Rechtsstabes möglichst weitgehend zu erneuern und dabei insbesondere das faktische Juristenmonopol der weißen Rhodesier zu brechen. Nicht zu Unrecht ist in diesem Zusammenhang von einer »revolution-

<sup>120</sup> Hierzu *Austin* (vorige Note) 172 ff.

<sup>121</sup> Diese Übergangsregelung, die zum Ziel hatte »to make allowance for all those who for essentially political reasons were obliged to study abroad« ist Mitte 1986 ausgelaufen. Seither müssen die Inhaber von nicht an der Universität Harare erworbenen Universitätsabschlüssen sich einer Prüfung des Legal Practitioners Board of Examiners unterziehen, sofern sie als Anwalt in Zimbabwe zugelassen werden wollen. Das gilt auch für zimbabwesche Studenten von südafrikanischen Universitäten.

<sup>122</sup> Legal Practitioners Act 15/1981; hierzu *Kahn* 295 ff.; *Bennett* 154 ff. (beide oben N. 71). Die traditionelle Aufteilung in beratend und forensisch tätige Anwälte (attorneys/advocates; in England: solicitors/barristers) war schon in den siebziger Jahren vor allem unter schwarzafrikanischen Anwälten auf Kritik und Widerstand gestoßen, da sie der Perpetuierung der Vorherrschaft der Weißen innerhalb der Anwaltschaft Vorschub leistete. Im Jahre 1972 war deshalb die Mehrheit der schwarzen Advokaten aus der Rhodesian Bar Association ausgetreten und hatte sich damit dem Verbot entzogen, direkt (d. h. ohne Vermittlung eines attorney) Kontakt zum rechtssuchenden Publikum aufzunehmen. Vgl. hierzu *R. H. Christie*, *The African Bar Association: Rhodesian L. J.* 12 (1972) 133 ff.; *McNally* (oben N. 70) 442. – Freilich gibt es, jedenfalls in Harare, nach wie vor eine de-facto-bar mit (im August 1989) elf Mitgliedern (darunter nur zwei schwarze Advokaten).

<sup>123</sup> Ebenso wie die Trennung in advocates und attorneys galt seit langem auch das Erfordernis einer »Referendarzeit« (articled clerkship) bei einer Anwaltsfirma mit anschließendem attorneys admission exam als Hindernis auf dem Weg zu einer Afrikanisierung der Anwaltschaft. So wurde etwa häufig die mangelnde Bereitschaft der führenden Anwaltskanzleien beklagt, schwarze Referendare (articled clerks) zu übernehmen; vgl. insbesondere *R. H. Christie*, *African Law Graduates: Rhodesian L. J.* 9 (1969) 123 ff. (aber auch *ders.*, *African Bar Association* [vorige Note] 135); vgl. weiter *Austin* (oben N. 119) 174 (»During the 1970's one of the techniques employed to keep the number of black students down to a minimum, was to advise them (not incorrectly) that the prospects of employment in private practice were virtually nil«); demgegenüber aber *McNally* (oben N. 70) 442 (»There had been black attorneys and black advocates since the sixties and their numbers were growing«). – Erforderlich zwar nicht zur Anwaltszulassung, wohl aber zur Befähigung, als Einzelanwalt auf eigene Rechnung zu praktizieren, ist ein Jahr praktischer Anwaltstätigkeit im Büro eines erfahrenen Anwalts.

ary open door policy«<sup>124</sup> die Rede. In der Tat ist es zu einer signifikanten »Afrikanisierung« in den Juristenberufen gekommen; am deutlichsten ist dies bei der Richterschaft<sup>125</sup>.

Auf der anderen Seite hat sich aber auch, gemessen jedenfalls an den traditionellen »weißen« Standards, ein nicht unerheblicher Niveauverlust ergeben. Unerfahrene Berufsneulinge können die Streitparteien vor Gericht vertreten. Damit ist eine juristisch umfassende Aufbereitung des Prozeßstoffes nicht mehr in jedem Fall gewährleistet – ein Umstand, der sich in einem Rechtssystem mit englischer Gerichtsverfassung (es gilt nicht der Grundsatz *iura novit curia!*) negativ entweder auf die Arbeitslast der Richter oder aber auf das Urteil auswirken muß<sup>126</sup>. Es gibt Anwälte und auch Richter, die sich vor ihrer Zulassung bzw. Ernennung nicht oder jedenfalls kaum mit römisch-holländischem Recht beschäftigt haben; so etwa in den Fällen, in denen Richter aus Ghana oder Zambia an den Supreme Court oder High Court berufen werden. Ganz überwiegend fehlt es zudem an elementaren Voraussetzungen für ein vertieftes wissenschaftliches Eindringen in das römisch-holländische Recht. Das gilt insbesondere für die Kenntnis der lateinischen und, noch wichtiger, der afrikaans Sprache. Eigenständige Analyse der Quellen des *Corpus Juris Civilis* sowie der alten Autoritäten des römisch-holländischen Rechts ist damit so gut wie unmöglich<sup>127</sup>. Aber auch ein großer Teil der modernen südafrikanischen Literatur ist dem Rechtsanwender in Zimbabwe somit verschlossen. Das mag bei afrikaanssprachigen Lehrbüchern allenfalls noch hingehen, wird aber in einem von Präzedenzen geprägten Rechtssystem mindestens bei den vielen in Afrikaans abgefaßten Entscheidungen südafrikanischer Gerichte äußerst problematisch<sup>128</sup>. Gelegentlich wird zwar von den am Fall beteiligten Anwälten durch die Hilfe südafrikanischer Kollegen eine »inoffizielle« Übersetzung erstellt; aber überwiegend werden von derartigen Entscheidungen allenfalls die ins Englische

<sup>124</sup> Austin (oben N. 119) 174f.

<sup>125</sup> Unter den fünf Richter des Zimbabwe Supreme Court waren im März 1990 drei nicht weiß, unter den 13 Richtern des High Court zehn.

<sup>126</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch Kahn (oben N. 71) 297; McNally (oben N. 70) 443. Symptomatisch auch etwa der Beitrag von *Mr. Justice C.J. Waddington*, Court Presentation: Zimbabwe L.J. 22 (1982) 132ff.

<sup>127</sup> Ganz abgesehen davon, daß die entsprechenden Bücher kaum vorhanden sind. In einem Safe im Supreme Court befindet sich eine seit vielen Jahren nicht mehr benutzte kleine Sammlung »alter Autoritäten«; auch in der Bibliothek der juristischen Fakultät finden sich jedenfalls einige Übersetzungen sowie einzelne moderne Lehrbücher zum römischen Recht. Der leader of the bar bezweifelte mir gegenüber, daß irgendwo in Harare ein Exemplar des »*Corpus Juris Civilis*« vorhanden sei.

<sup>128</sup> Bis 1980 sind alle in Afrikaans abgefaßten Entscheidungen südafrikanischer Gerichte, die in den *South African Law Reports* veröffentlicht wurden, in einem Sonderband ins Englische übersetzt worden. Da die zimbabwesche Regierung nicht mehr zu einer Fortführung der Finanzierung bereit war, ist dieser Service des südafrikanischen Verlags Juta dann eingestellt worden.

übersetzten »Leitsätze« (headnotes) zur Kenntnis genommen. Charakteristisch ist insoweit folgende Stellungnahme vom Dumbutshena, C. J., in einer Entscheidung aus dem Jahre 1986, nachdem der Anwalt der Berufungsklagten auf eine drei Jahre zuvor erlassene Entscheidung des Transvaal Supreme Court hingewiesen hatte: »Unfortunately for me the judgment is in Afrikaans, a language I am not qualified to understand. There being no translation available to me, the little understanding of the principle relied upon by Mr. De Bourbon which I have comes from a reading of the English headnote.«<sup>129</sup>

Behindert wird eine ordnungsgemäße Rechtspflege auch dadurch, daß die Publikationspraxis zimbabwescher Entscheidungen den Erfordernissen eines Präzedenzienssystems weit hinterherhinkt. Die für das römisch-holländische Recht im südlichen Afrika wichtigsten Judikate werden zwar regelmäßig in Südafrika veröffentlicht<sup>130</sup>. Andere, jedenfalls intern genauso bedeutsame Entscheidungen, die sich etwa auf die Interpretation zimbabweschen Gesetzesrechts beziehen oder sich mit Verfahrensfragen beschäftigen, sollten eigentlich in den Zimbabwe Law Reports erscheinen. Der bislang letzte Teilband dieser Reihe ist jedoch 1985 (1). Blättert man durch die bis zu diesem Zeitpunkt erschienenen Bände, so erstaunt vor allem, mit welch vergleichsweise trivialen Dingen die Richter sich vielfach abzugeben haben. Ein großer Teil der publizierten Entscheidungen betrifft grundlegende Fragen des Strafprozeßrechts, und es läßt sich die Vermutung nicht von der Hand weisen, daß eine ganz wesentliche Aufgabe der Richter in der durch die Appellationsgerichtsbarkeit ausgeübten Erziehung der nur unzureichend ausgebildeten<sup>131</sup>, in den Beamtenapparat integrierten Untergerichte (»magistrates«) besteht.

#### 4. Juristenausbildung und Rechtswissenschaft in Zimbabwe

Weitere Probleme ergeben sich aus der unbefriedigenden, für die Zukunft der Rechtspflege aber entscheidenden Ausbildungssituation<sup>132</sup>. Ein Studium in Übersee kann sich, nicht zuletzt angesichts des akuten Devisenmangels, kaum jemand leisten. An die englischsprachigen südafrikanischen Universitäten streben nach wie vor nur junge Leute weißer Hautfarbe. Von ihnen sind aber während der vergangenen zehn Jahre immer weniger nach Zimbabwe

<sup>129</sup> *Maceys Consolidated (Pvt.) Ltd. and Another v. T. A. Holdings Ltd.*, 1987 (1) S. A. 136 (Z. S. C.) 177; vgl. auch *Book v. Davidson* (oben N. 95) 648.

<sup>130</sup> Vgl. bereits oben N. 75.

<sup>131</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang etwa Justizminister *Simbi Mubako*, Opening of Second Magistrates' and First Prosecutors' Training Courses: Zimbabwe L. J. 22 (1982) 201 ff.

<sup>132</sup> Allgemein zum Bildungssystem Zimbabwes vgl. *Renate Nestvogel*, Zimbabwes Bildungssystem drei Jahre nach der Unabhängigkeit: Entwicklung, Probleme und Perspektiven: Afrika Spectrum 18 (1983) 277 ff.

zurückgekehrt<sup>133</sup>. Sie werden dazu auch nicht ermutigt. Überhaupt ist die Zahl der noch im Lande zurückgebliebenen Weißen inzwischen auf etwa 90000 gesunken, und man schätzt, daß sie innerhalb der nächsten 30 Jahre auf ein Fünftel bis ein Zehntel ihres gegenwärtigen Standes weiter zurückgehen wird<sup>134</sup>. Nach wie vor wird nämlich à la longue, was die Bevölkerungsstruktur betrifft, an dem Ziel einer möglichst vollständigen »Afrikanisierung« Zimbabwes festgehalten<sup>135</sup>. Damit wird sich der juristische Nachwuchs in Zukunft immer ausschließlicher aus Absolventen der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität von Zimbabwe in Harare rekrutieren. Auch diese hat inzwischen ihre Pforten weit geöffnet und nimmt Jahr für Jahr knapp 100 Erstsemester zur Ausbildung an<sup>136</sup>. Nach einer kürzlich erfolgten Curriculum-Reform führt diese Ausbildung in der Regel nach einem vierjährigen Studium zum Erwerb des Grades eines LL.B. (Hons.)<sup>137</sup>. Latein oder Afrikaans sind keine Zulassungsvoraussetzungen; römisches Recht wird als Teil eines Kurses in History of Roman-Dutch Law angeboten. Dem Lehrkörper gehören kaum noch Mitglieder aus der Zeit vor 1980 an; überwiegend

<sup>133</sup> Sie können seit Mitte 1986 auch nicht mehr ohne weiteres zum Anwaltsberuf zugelassen werden; vgl. oben N. 121.

<sup>134</sup> *Herbst* (oben N. 66) 223.

<sup>135</sup> »At Independence the Mugabe government, in effect, made a bargain with the remaining Whites. The bargain, which is never discussed but is generally understood, is basically that the Whites who are in independent Zimbabwe can stay, continue to operate their businesses and farms, and lead the ›colonial life style‹ that they are accustomed to for the rest of their lives. However, their children, in general, are discouraged from staying. . . The racial bargain implies that Zimbabwe will not have to Africanize the economy by force because in a generation or so the White population will have dwindled into insignificance. . . There will still be Whites in the country; however, they will be so few as to have lost the critical mass to be needed to be a political community. Zimbabwe therefore, will become like Kenya or Zambia: a Black nation containing only a few scattered, but affluent, remnants from the colonial era« (*Herbst* [oben N. 66] 222, 223, 224).

<sup>136</sup> Seit 1988 handelt es sich um eine eigenständige Fakultät (bis dahin Department of Law in the Faculty of Commerce and Law).

<sup>137</sup> Hierzu *Austin* (oben N. 119) 182 ff. Die Studentenschaft ist heute fast ausschließlich schwarz. Auch vor 1980 war die Zulassung zum Jurastudium für Studenten jeder Hautfarbe offen. Eine formalisierte Universitätsapartheid wie in Südafrika (dazu *Zimmermann*, GS Geck [oben N. 35] 990 f., 1002 f.) hat es in Rhodesien nie gegeben; vgl. etwa *Christie*, Editorial (oben N. 42) 2; *ders.*, African Law Graduates (oben N. 123) 123 ff. Freilich blieb die Zahl schwarzer Studenten relativ gering. Über Gründe spekuliert *Austin* (oben N. 119) 181 f., der seinen Vorgänger als Dekan des Rassismus beschuldigt. Vgl. in diesem Zusammenhang beispielsweise dessen Äußerungen (*Christie*, African Law Graduates [oben N. 123]) auf S. 125 f. (» . . . the tradition of forming and expressing an independent judgment seems markedly less strong among Africans than among Europeans«) oder (*ders.*, Pearce Report: Rhodesian L. J. 12 [1972]) auf S. 2 (» . . . the African tradition is not one of independence of mind but of solidarity«). – Allgemein über juristische Fakultäten im anglophonen Afrika *Barthazar A. Rwezaura*, Faculties of Law in Anglophonic Africa: JbAfrR 6 (1985/86) (ersch.: 1989) 3 ff.

handelt es sich inzwischen um Absolventen der Universität Harare<sup>138</sup>. Einige von ihnen haben masters' degrees in England oder Amerika erworben, einer einen B. C. L. in Oxford, ein anderer ein Diplom der Universität Pau in Frankreich<sup>139</sup>. Keiner der im Jahrbuch 1990 der Universität Zimbabwe aufgeführten Mitglieder der juristischen Fakultät hat einen Doktorgrad erworben<sup>140</sup>.

Einen eigenständigen Beitrag zur wissenschaftlichen Durchdringung des zimbabweschen Rechts hat die Fakultät bislang allenfalls in Einzelbereichen geleistet. Das einzige Lehrbuch größeren Stils stammt von dem 1982 emeritierten ehemaligen Dekan Christie und ist im südafrikanischen Juta-Verlag erschienen<sup>141</sup>. Im Jahre 1989 ist darüber hinaus von der rührigen Legal Resources Foundation in Harare<sup>142</sup> ein von Welshman Ncube verfaßtes Lehrbuch des Familienrechts veröffentlicht worden<sup>143</sup>. »Law and Medicine in Zimbabwe« von Feltoe und Nyapadi läßt sich eher als Praktikerleitfaden bezeichnen. Im übrigen gibt es zu einzelnen Gebieten auf elementare Studienbedürfnisse abgestellte Skripten, die teilweise als Broschüre<sup>144</sup>, teilweise aber auch als Fortsetzungsbeiträge im Zimbabwe Law Journal erschienen sind<sup>145</sup>. Sie beschränken sich weithin auf die Zusammenstellung des einschlägigen Fallmaterials, wobei südafrikanische Entscheidungen im Vordergrund stehen. Bezeichnend heißt es aber auch hier etwa in der Einleitung zu dem

<sup>138</sup> Vgl. im einzelnen *Austin* (oben N. 119) 182ff.; im übrigen den Calendar 1990 der Universität von Zimbabwe, 399ff.

<sup>139</sup> Calendar 1990 (vorige Note) 31 f.

<sup>140</sup> Einen Niveauverlust bei der Juristenausbildung an den juristischen Fakultäten im anglophonen Afrika ganz allgemein konstatiert *Rwezaura* (oben N. 137) 11.

<sup>141</sup> *Christie*, *Business Law* (oben N. 25). Ein Vorgängerband war *ders.*, *Rhodesian Commercial Law* (1961). Vom selben Autor stammt auch ein Lehrbuch des südafrikanischen Vertragsrechts: *Christie*, *The Law of Contract in South Africa* (1981) (bespr. von *Carole Lewis*, *S. Afr. L.J.* 99 [1982] 471 ff., und *N. J. McNally*, *Zimbabwe L.J.* 22 [1982] 209ff.).

<sup>142</sup> Deren Publications Unit wird finanziert vom Human Rights Fund der US-amerikanischen Botschaft und von der Nuffield Foundation; weitere Unterstützung kommt von der Ford Foundation. Die Publications Unit bringt unter anderem seit Anfang 1988 das *Legal Forum* heraus (»A Quarterly Magazine on Issues Relating to the Administration, Functioning and Reform of Law in Zimbabwe«); sie hat sich weiterhin etwa die Publikation der *Zimbabwe Law Reports* zur Aufgabe gemacht.

<sup>143</sup> *Ncube*, *Family Law in Zimbabwe* (oben N. 71).

<sup>144</sup> *G. Feltoe*, *A Short Guide to the Zimbabwean Law of Delict*, o. J.; *ders.*, *A Short Guide to Zimbabwean Administrative Law* (beide vergriffen); erhältlich ist demgegenüber *G. Feltoe*, *A Guide to Zimbabwean Criminal Law* (1989).

<sup>145</sup> Vgl. *Peter Volpe*, *Commercial Law of Zimbabwe*, *Contract: Rhodesian L.J.* 18 (1978) 7ff., 142ff. und *Zimbabwe L.J.* 19 (1979) 38ff., 166ff.; *ders.*, *Commercial Law of Zimbabwe*, *Purchase and Sale: Zimbabwe L.J.* 20 (1980) 34ff., 162ff., *Zimbabwe L.J.* 21 (1981) 41ff., 118ff. und *Zimbabwe L.J.* 22 (1982) 52ff.; *G. Feltoe*, *A Guide to the Criminal Law of Zimbabwe*, *General Principles and Defences: Zimbabwe L.J.* 19 (1979) 138ff.; *ders.*, *A Guide to the Criminal Law of Zimbabwe*, *Specific Crimes: Zimbabwe L.J.* 20 (1980) 61ff., 214ff.; *ders.*, *A Guide to the Criminal Law of Zimbabwe*, *Sentencing: Zimbabwe L.J.* 21 (1981) 20ff.

»Short Guide to the Zimbabwean Law of Delict« von G. Feltoe: »South African decisions in Afrikaans for which there is no translation into English are not included.« Ansonsten werden sowohl im akademischen Unterricht als auch in der Praxis nach wie vor südafrikanische Lehrbücher benutzt. Die juristische Fakultät der Universität Zimbabwe ist weiterhin für die Herausgabe der einzigen fachwissenschaftlichen Zeitschrift im Lande verantwortlich, des seit 1979 so genannten Zimbabwe Law Journal, das seit 1983 in neuer Aufmachung unter dem Titel Zimbabwe Law Review erscheint. Der letzte bislang (Frühsommer 1990) publizierte Band ist Vol. 5 (1987), schwerpunktmäßig dem Verfassungsrecht gewidmet<sup>146</sup>.

Betrachtet man den Inhalt der Bände drei bis fünf der Zimbabwe Law Review<sup>147</sup>, so fällt auf, daß herkömmliche wissenschaftliche Themen nur recht selten erörtert werden<sup>148</sup>. Insbesondere fehlen Beiträge zu den Kernbereichen des Privatrechts. Demgegenüber haben sich zwei andere Schwerpunkte des Interesses in den Vordergrund geschoben. Da ist zum einen die Frage des Verhältnisses von westlichem (»kolonialem«) gemeinen Recht zu den traditionellen afrikanischen Gewohnheitsrechten. Für die von manchen mit idealistischem Schwung geforderte Synthese<sup>149</sup> dieser auf einem radikal unterschiedlichen Rechts- und Gesellschaftsverständnis beruhenden Systeme gibt es bislang kaum Ansatzpunkte. Auch benachbarte Jurisdiktionen haben hier allenfalls Anregungen, aber keine Erfahrungen zu bieten<sup>150</sup>. Somit bleibt es jedenfalls vorderhand bei einem Nebeneinander, das im einzelnen noch wenig ausgelotete kollisionsrechtliche Probleme aufwirft<sup>151</sup>. Was speziell das Privatrecht betrifft, so ist übrigens das afrikanische Gewohnheitsrecht in einem ganz entscheidenden Punkt durch gesetzliche Intervention europäischen Vorstellungen angepaßt worden: Nach den Bestimmungen des Legal Age of Majority Act von 1982 tritt nunmehr die Volljährigkeit allgemein mit

<sup>146</sup> Das erste derartige Schwerpunktheft der Zimbabwe Law Review ist Vol. 4 (1986) (Strafrecht).

<sup>147</sup> Vol. 1/2 (1983/84) der Zimbabwe Law Review ist mir nicht zugänglich.

<sup>148</sup> Vgl. etwa G. Feltoe, States of Mind in the Zimbabwean Criminal Law: Zimbabwe L. Rev. 3 (1985) 16 ff.; ders., Extenuating Circumstances, A Life and Death Issue: Zimbabwe L. Rev. 4 (1986) 60 ff.; G. Feltoe/P. Lewin, Remedies for Unlawful Interference with Personal Liberty in Zimbabwe: Zimbabwe L. Rev. 5 (1987) 26 ff.

<sup>149</sup> Vgl. etwa McNally (oben N. 70) 437 ff.

<sup>150</sup> Vgl. K. T. Mwansa, The Status of African Customary Criminal Law and Justice Under the Received English Criminal Law in Zambia, A Case for the Integration of the Two Systems: Zimbabwe L. Rev. 4 (1986) 23 ff.

<sup>151</sup> Hierzu Art. 89 der Constitution of Zimbabwe sowie § 3 des Customary Law and Primary Courts Act No. 6/1981; aus der Literatur vgl. etwa T. W. Bennett, Conflict of Law, The Application of Customary Law in Zimbabwe: Int. Comp. L. Q. 30 (1981) 59 ff.; Robert B. Seidman, Rules of Recognition in the Primary Courts of Zimbabwe, On Lawyers' Reasonings and Customary Law: Int. Comp. L. Q. 32 (1983) 871 ff.; Ncube, Family Law in Zimbabwe (oben N. 71) 3 ff.; vgl. allgemein das grundlegende südafrikanische Werk von T. W. Bennett, Application of Customary Law in Southern Africa (1985).

Vollendung des achtzehnten Lebensjahres ein. Damit verharren Frauen nicht mehr lebenslang im Status von Minderjährigen<sup>152</sup>.

Zum anderen dominieren dezidiert marxistische Fragestellungen. So beschreibt Shadrack Gutto<sup>153</sup> legal aid »as a feature of monopoly capitalism and corresponding bourgeois legal ideology« und analysiert in zwei weiteren Beiträgen den »Klassenkampf« im »neokolonialen« Kenia<sup>154</sup>. Kempton Makamure vergleicht, nach einer langen Einführung in die marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie die »Comrades' Courts« in der Sowjetunion, der (ehemaligen) DDR und anderen kommunistischen Staaten mit den Dorfgerichten (»village courts«) in Zimbabwe<sup>155</sup>. Derselbe Autor analysiert den bolschewistischen Konstitutionalismus in der Sowjetunion von 1917 bis 1936 und bedauert, daß die Verhältnisse in Zimbabwe noch dem vorbildhaften revolutionär-sozialistischen Modell der Verfassung von 1936 weit hinterherhinken<sup>156</sup>. Weitere Beispiele ließen sich nennen<sup>157</sup>. Auch im akademischen Unterricht dominiert in einer ganzen Reihe von Fächern dieselbe marxistisch-leninistische Perspektive; der Dekan der juristischen Fakultät beschreibt diese ideologische Ausrichtung diplomatisch als eine »policy in the University to teach law in a critical perspective, and in the economic and social context of Zimbabwean realities«<sup>158</sup>. So werden die Studenten in ihrem

<sup>152</sup> Zu den Implikationen im einzelnen vgl. *Ncube*, Family Law in Zimbabwe (oben N. 71) passim. – Vgl. ferner etwa *Chawanda v. Zimnat Insurance Co. Ltd.*, 1990 (1) S. A. 1019 (Z. H. C.), wo unter anderem die Frage untersucht wird, ob einer nach Stammesrecht verheirateten Frau ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch gegen ihren Mann zusteht.

<sup>153</sup> *Shadrack Gutto*, The Political Economy of Legal Aid and Advice Service: Zimbabwe L. Rev. 3 (1985) 1 ff.

<sup>154</sup> *Shadrack Gutto*, The Law and Mass Rape During Armed Social Conflicts, Lessons from the 1982 Coup Attempt in Kenya: Zimbabwe L. Rev. 4 (1986) 125 ff.

<sup>155</sup> *Kempton Makamure*, A Comparative Study of Comrade's Courts Under Socialist Legal Systems and Zimbabwe's Village Courts: Zimbabwe L. Rev. 3 (1985) 34 ff.

<sup>156</sup> *Kempton Makamure*, Constitutional Theory and Practice for the Transition from Capitalism to Scientific Socialism: Zimbabwe L. Rev. 5 (1987) 108 ff.

<sup>157</sup> *Leonard P. Shaidi*, Explaining Crime, A Marxist Perspective: Zimbabwe L. Rev. 4 (1986) 1 ff.; *I. C. Chikanza/W. N. Chimamora*, Termination of Pregnancy in Zimbabwe, A Medico Legal Problem: Zimbabwe L. Rev. 3 (1985) 81 ff. (»The Government has declared the policy of transformation towards a socialist society under the guiding principle of Marxism-Leninism. It is submitted, therefore, that the current limitations on the right to abortion are not compatible with scientific socialist principles of egalitarianism of the sexes and the right of women to determine freely and responsibly the size of their families...«, 93); *Ncube/Nzombe* (oben N. 18) 2 ff.; *Welshman Ncube*, Constitutional Recognition and Popular Enjoyment of Human Rights in Zimbabwe: Zimbabwe L. Rev. 5 (1987) 54 ff. (»In this paper I not only answer Simbi Mubako's call to be an activist and a crusader for social justice, but I also clearly choose which side I am on. Consequently, this article makes no pretence or claim to a mythical professorial and academic neutrality in discussing and analysing the recognition and enforcement of human rights in Africa... The approach adopted here... articulates the demands of the mass of the peasants and working people of Zimbabwe for human rights and dignity«, 54).

<sup>158</sup> *Austin* (oben N. 119) 185.

Sachenrechts-Examen etwa mit einem Zitat aus dem kommunistischen Manifest konfrontiert, in der Rechtsphilosophie(jurisprudence)-Prüfung, unter anderem, mit folgendem Satz von Hermann Klenner aus dem Werk »Law and Legislation in the GDR«: »The contradictivity of (bourgeois) philosophies of Law need not necessarily exclude their compatibility... they are historically necessary with all their differences...«<sup>159</sup> Von einer derartigen Perspektive aus erscheinen manche eher herkömmlich begründeten Entscheidungen des Supreme Court natürlich als reaktionär. Wahre Demokraten<sup>160</sup> wie Gutto und Makamure zögern denn auch nicht, die kraß hervortretende Inkompetenz der Richter in deutlichen Worten zu geißeln: »Our loyalty to the democratic cause of the Zimbabwean masses moves us to the conclusion that the Supreme Court judges' protestations about their belief in the freedom of the individual and the class independence of the courts and judges is a mere sham, an ideological practical fraud perpetrated on the unsuspecting people of Zimbabwe«; so beispielsweise ihr abschließender Kommentar zu der Entscheidung *The Minister of Home Affairs v. Bickle and Three Others*<sup>161</sup>.

## V. Ausblick

Insgesamt sollte man sich, was die Zukunft des römisch-holländischen Rechts in Zimbabwe betrifft, wohl keine Illusionen machen. Es fehlt fast völlig an dem für seine Pflege erforderlichen Umfeld. Die nachrückende Generation in Zimbabwe geborener und erzogener Juristen wird den traditionellen Quellen des römisch-holländischen Rechts vollkommen fremd gegenüberstehen. Man wird das auch kaum kritisieren können. Denn in gewisser Weise ist es natürlich absurd, daß in Zentralafrika ein »europäisches« Recht (nämlich die holländische Version des *ius commune*, angereichert durch englische Einflüsse) gilt als in Europa selbst<sup>162</sup>. Im modernen Zimbab-

<sup>159</sup> University of Zimbabwe, Examination papers 1989, Faculty of Law, Property Law/Jurisprudence. Fragen 1 und 4 (von insgesamt 9) des Examens in History of Roman and Roman Dutch Law haben folgenden Inhalt: »1. Discuss the materialist theory of the origin of state and law and show how it explains the emergence and substance of the ancient Roman State and Law. [...] 4. Discuss the dialectical and historical materialist conception of History.«

<sup>160</sup> »... we have taken up the issue... because we have taken the position of true democrats... True democrats do not turn a blind eye to the aggressive activities of the South African neo-Nazi apartheid State nor do they unnecessarily look for guidance from judgements emanating from fascist and Zionist Israeli courts«: *Shadrack Gutto/Kempton Makamure, Judicial Subversion Under the Cloak of Legality?, The Judgement in The Minister of Home Affairs versus Bickle and Three Others: Zimbabwe L. Rev. 3 (1985) 119 ff. (129).*

<sup>161</sup> 1984 (2) S. A. 439 (Z. S. C.).

<sup>162</sup> Vgl. hierzu bereits meine Anmerkungen in GS Geck (oben N. 35) 993 ff., 1012 ff. Vgl.

we gibt es jedenfalls kurzfristig dringendere Probleme als die korrekte Interpretation von Voet oder Groenewegen<sup>163</sup>. Freilich fragt sich, wodurch sich die wohl unvermeidliche Vulgarisierung des römisch-holländischen Rechtes kompensieren läßt. Ein »wissenschaftlicher Marxismus«, der die DDR (vor der Novemberrevolution!) allen Ernstes als Modell eines Vielparteiensystems beschreibt<sup>164</sup>, bietet wohl kaum eine lohnende Perspektive. Auch englisches Recht dürfte, da letztlich ebenfalls mit dem Kolonialmakel behaftet und mit seinen vielen nur historisch zu erklärenden Eigentümlichkeiten für eine Rezeption in Afrika von vornherein nicht besonders passend, keine geeignete Auffangposition bieten. Eher ist an eine »Afrikanisierung« des Rechts zu denken, wie sie, nach einem Memorandum von Albie Sachs, dem African National Congress (ANC) wohl auch für Südafrika vorschwebt: »This Roman Dutch Law, which survived in the past by incorporating transplants of English law, will survive in the future by receiving transfusions of African law and changing its name to South African [sc: Zimbabwean] law«<sup>165</sup>. Aber die Implikationen einer derartigen Entwicklung sind jedenfalls bislang vollkommen unklar<sup>166</sup>. Dabei geht es weniger um die Verdrängung spezieller Rechtsregeln des einen Kulturkreises durch die des anderen. Es geht um die Anpassung an eine ganz andere Vorstellungswelt<sup>167</sup>, was die Funktion des

---

auch *Feltoe* (oben N. 74) 37: »To expect... Zimbabwean lawyers to engage in such an enterprise (sc.: searching for guidance in the works of the old Dutch authorities... and in Roman Law) in the post-Independence era is entirely ridiculous.«

<sup>163</sup> Ohne daß ein Verzicht auf lateinisch geschriebene Rechtsquellen geradezu notwendig in Barbarei enden müßte, wie dies erst jüngst sehr überspitzt behauptet: *D. H. van Zyl*, *Is juridiese barbarisme ons voorland*: T. Rom. Holl. R. 53 (1990) 229 ff. Zur Lateindiskussion in Südafrika vgl. auch die Nachweise bei *Zimmermann*, GS Geck (oben N. 35) 1012 f.

<sup>164</sup> *Ncube/Nzombe* (oben N. 18) 17 f.

<sup>165</sup> *Albie Sachs*, *The Future of Roman Dutch Law in a Non-Racial Democratic South Africa, Some Preliminary Observations* (London, August 1989). Vgl. auch *McNally* (oben N. 70) 437 ff.

<sup>166</sup> Vgl. aber etwa *Albie Sachs*, *Changing the Terms of the Debate, A Visit to a Popular Tribunal in Mozambique*: J. Afr. L. 28 (1984) 99 ff. Zu dem Konzept einer popular justice mit sog. peoples' courts als Rechtsprechungsorganen vgl. *Boaventura de Sousa Santos*, *From Customary Law to Popular Justice*: J. Afr. L. 28 (1984) 90 ff., den Aufsatz von *Makamure* (oben N. 155) sowie die Nachweise bei *Zimmermann*, GS Geck (oben N. 35) 1017. – *Feltoe* (oben N. 74) 35 ff. hält eine Kodifikation des Rechts für absolut erforderlich (»Codification of the Zimbabwean law is not only desirable, but is an absolutely necessary step towards the development of an indigenous legal system suited to local Zimbabwean conditions.«) Freilich müsse es sich bei einem derartigen Gesetzbuch um einen »People's Code« handeln (S. 40).

<sup>167</sup> Interessante Erwägungen zur Berücksichtigung solch unterschiedlicher Vorstellungen bei der Anwendung und Ausfüllung von Generalklauseln wie »public policy« in *Olsen v. Standaloft* (oben N. 87) 677 (per *Fieldsend*, C.J.) sowie 679 (per *Baron*, J. A.). Hierauf machen aufmerksam auch *Gerhard Lubbe/Christina Murray*, *Contract, Cases, Materials, Comentary*<sup>2</sup> (1988) 241. – Allgemein zur Entwicklung des Rechts in Schwarzafrika zwischen Tradition und Entfremdung, insbesondere zu dem Bedürfnis nach Authentizität und dem gleichzeitigen Bedarf an Modernisierung vgl. den Aufsatz von *Eugene Schaeffer*, Die

Rechts in der Gesellschaft, das Verhältnis von prozeßförmigen und alternativen Streitschlichtungsmechanismen und die Position von Richter und Gericht betrifft. Damit werden für unseren europäischen Horizont grundlegende Errungenschaften wie insbesondere die »rule of law«, die Unabhängigkeit des Richters<sup>168</sup> und das Verständnis der Jurisprudenz als eines wissenschaftlichen Erkenntniszusammenhangs mindestens in Frage gestellt. Auch ein Verlust an fachjuristischer Kompetenz ist unausweichlich<sup>169</sup>. Einem Europäer

Entwicklung des afrikanischen Rechts zwischen Tradition und Entfremdung: *JbAfrR* 2 (1981) 107 ff.

<sup>168</sup> Das Rechtsstaatsprinzip ist seit Jahrzehnten in Zimbabwe jedenfalls in weiten Bereichen außer Kraft; Meilensteine in diesem Zusammenhang sind die Law and Order Maintenance Bill von 1960 und das von 1965 bis Mitte 1990 ununterbrochen geltende Notstandsregime. Zu den Notstandsbestimmungen vgl. *G. Feltoe*, *A Guide to Zimbabwean Cases Relating to Security, Emergency Powers and Unlawful Arrest and Detention: Publication of the Legal Resources Foundation*; vgl. ferner *R. H. Christie*, *Plus ça change: Zimbabwe L.J.* 21 (1981) 1 f.; *Ncube*, *The Constitutional Recognition and Popular Enjoyment of Human Rights in Zimbabwe: Zimbabwe L. Rev.* 5 (1987) 54 ff., der wie folgt resümiert: »... the post-independence period has seen a general maintenance of the Rhodesian culture of severe brutality in the sense that the law enforcement agencies... have been called upon to enforce the same brutal laws as existed under colonial rule... Thus Zimbabwe, like her predecessor, Rhodesia, has been characterized by an undemocratic and brutal legal culture which is totally inconsistent with the full realization and enjoyment of human rights.« Im Ergebnis kaum anders (nur in der Formulierung moderater) *R. H. Christie*, *The Executive and the Judiciary in Zimbabwe: S. Afr. L. J.* 100 (1983) 297 ff. Man denkt unwillkürlich an die prophetische Warnung von *Sydney Kentridge* aus dem Jahre 1980 (gezielt auf Südafrika): »One day there will be change, ... Those who then come to rule may have seen the process of law in their country not as protection against power but as no more than its convenient instrument, to be manipulated at will. It would not then be surprising if they failed to appreciate the value of an independent judiciary and of the due process of law« (*Kentridge*, *The Pathology of a Legal System, Criminal Justice in South Africa: U. Pa. L. Rev.* 128 [1980] 603 ff. [621]). Vgl. weiterhin *Christie* (diese Note) 297 ff. (»This is why, whenever I am asked [as I frequently am] whether the rule of law prevails in Zimbabwe, I regretfully answer that it doesn't«). Vermutlich war dieser Beitrag als Editorial im Oktober-Heft des *Zimbabwe Law Journal* 22 (1982) vorgesehen gewesen, ist dort jedoch der Zensur unter den Notstandsbestimmungen zum Opfer gefallen (vgl. die »note to subscribers« gefolgt von zwei leeren Seiten vor S. 124). Anders (»The Rule of Law exists in Zimbabwe« [aber nicht in Südafrika]) *McNally* (oben N. 70) 435. Zum Problem der Folter durch die Sicherheitsbehörden in Zimbabwe vgl. *Lawyers Committee on Human Rights, Zimbabwe: Wages of War, A Report on Human Rights* (1986) 89 ff.; *Ncube* (diese Note) 78 f.; *Alice Armstrong*, *Torture, Inhuman and Degrading Treatment and the Admissibility of Evidence: Zimbabwe L. Rev.* 5 (1987) 95 ff.; zur Einrichtung der detention without trial vgl. *John Hatchard*, *Detention Without Trial and Constitutional Safeguards in Zimbabwe: J. Afr. L.* 29 (1985) 38 ff.; über den Guerillakrieg und die Menschenrechtssituation im Matabeleland vgl. *Lawyers Committee on Human Rights* (diese Note) 1 ff. sowie nunmehr auch (sehr optimistisch) *Terence Ranger*, *Matabeleland Since the Amnesty: African Affairs* 88 (1989) 161 ff.

<sup>169</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang bereits heute Entscheidungen wie *Chawanda v. Zimnat Insurance Co. Ltd.* (oben N. 152) 1019. Es geht hier um die Frage, ob eine Witwe Schadensersatz wegen entgangenen Unterhalts von demjenigen verlangen kann, der ihren Mann getötet hat. Dazu hat *Chidyausika, J.*, folgendes zu sagen: »It was contended that there was nothing anomalous about a dependant's claim and that the modern Aquilian action is a

muß es schwerfallen, darin einen Fortschritt zu sehen. Auch in Zimbabwe droht damit die Erfüllung des naiven Traumes von der Übertragbarkeit liberaler Demokratiemodelle und westlichen Rechts(staats)denkens an den afrikanischen Realitäten zu scheitern. Aber: »Whose dream was it anyway?«<sup>170</sup>

### Summary

#### ROMAN-DUTCH LAW IN ZIMBABWE

The present article attempts to provide an outline of the history of private law in Southern Rhodesia/Zimbabwe. It takes as its starting point (s. I) a decision handed down by the Zimbabwe Supreme Court early in 1990 on the desirability of extending the application of the edictum de nautis, cauponibus et stabulariis to cover land transport. In s. II the general history of the country is sketched. Section III analyses the reception of Roman-Dutch law in Southern Rhodesia and its application until the end of the old regime. What Southern Rhodesia received was, however, by no means pure Roman-Dutch law, but rather a specific *usus modernus* thereof that had developed at the Cape of Good Hope. More particularly, there was a very marked English influence. The relationship between Rhodesian and South African law always remained very close, although the so-called purist movement did not gain ground in Rhodesia. This is exemplified by the different attitude adopted by the judiciary in both countries towards the problem of *animus iniuriandi* as a requirement for defamation suits. Section IV deals with the development of private law in Zimbabwe. At first blush, there appears to be surprising continuity (quite in tune with the new government's policy of

general remedy for every kind of loss suffered by one person in consequence of the culpa of another. I find this contention somehow attractive« (ebd. S. 1022). Er nimmt dann dasselbe Argument auf S. 1024 noch einmal auf (»In my view the Aquilian action has been extended or should be extended to cover people in the category of the plaintiff«) und bringt zur Begründung lediglich ein 38 Zeilen langes, nur teilweise einschlägiges Zitat aus *McKerron, The Law of Delict* (1971), einem Werk, das jedenfalls heute nicht mehr als autoritativ gelten kann. Auf S. 1025 heißt es dann: »Even if I am wrong in my interpretation of the above passage [sc: aus *McKerron*]... , the case before me is a proper case for the exercise of my judicial lawmaking function. I accordingly hold the plaintiff in this case has the right to sue the defendant. « In extremem Gegensatz zu einer derart abrupten Berufung auf die Befugnis zu richterlicher Rechtsfortbildung, aber ihrerseits mit traditionellen Begründungskonventionen ebenso im Widerspruch steht die übergroße Bescheidenheit von *Samatta, J., in Autorama (Pvt.) Ltd. v. Farm Equipment Auctions (Pvt.) Ltd.* (oben N. 110): »... On behalf of the defendant, Mr. Gillespie urged me to answer that question in the negative. In support of his attractive argument – if I may respectfully so describe it... « (S. 485). »If I may respectfully say so, the reasoning in the judgment of Friedman J appeals to such intellect as I possess... Mr. Gillespie had, however, two strings to his bow. If I understood him right, as I hope I did... « (S. 486). Vgl. auch die Bemerkungen von *McNally* (oben N. 70) 443.

<sup>170</sup> *Michael Crowder, Whose Dream Was It Anyway?, Twenty-five Years of African Independence: African Affairs* 86 (1987) 7 ff. (speziell zu Zimbabwe vgl. S. 20).

national reconciliation). Roman-Dutch law continues to be applied, and South African precedents still enjoy considerable persuasive authority. Five decisions of the Supreme Court of Zimbabwe are discussed in detail in order to illustrate these points: *Swift v. Pichanick* (dealing with the question whether intestate heirs are to be determined at date of the testator's death or at date of the ultimate failure of the will), *Olsen v. Standaloft* (validity of marriage brokerage contracts), *Book v. Davidson* (agreements in restraint of trade), *Zimbank v. Pyramid Motor Corp.* (liability of a collecting bank to the true owner of a lost or stolen cheque) and *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v. ZNR* (edictum de nautis, cauponibus et stabulariis). So far, therefore, Zimbabwean private law remains embedded in the Roman-Dutch/South African tradition. But this continuity is threatened (ss. IV, 3 and 4). This becomes obvious if one looks at a variety of factors that have significantly changed both the framework and the background for the application of Roman-Dutch law. Criteria for admission to legal practice, the "africanization" of the legal professions, knowledge of "foreign languages", the legal training offered at the law faculty of the University of Harare and the contributions of academic lawyers to Zimbabwean legal science are among the matters discussed in this context. The article comes to the conclusion (s. V) that the basis for the application of Roman-Dutch law has been largely eroded. The implications of a fusion with African legal traditions, suggested by influential commentators, are entirely unclear at this stage. A European observer is bound to note that apart from Roman-Dutch law (and the standards of the administration of private law) certain more fundamental features of our Western legal culture are put in jeopardy: the rule of law, the independence of the judiciary, the concept of "autonomous law", the perception of legal science as a rational intellectual discipline. The dream of a little Europe in Africa is shattered, in Zimbabwe as elsewhere. But then: "Whose dream was it anyway?"