

# Das Recht der australischen Ureinwohner

Maximilian Hocke, Hamburg\*

## I. Einleitung

Aufgrund seiner Vergangenheit als englische Kolonie, ist Australien ein Staat des Common Law. Durch die Besiedlung des fünften Kontinents gelangte das englische Recht dort zunächst direkt zur Geltung und diente, nach der Unabhängigkeit Australiens im Jahr 1901, als Vorbild für das australische Recht. Jedoch bevölkerten schon vor den englischen Siedlern die australischen Ureinwohner, die Aborigines, den fünften Kontinent. Auch wenn man bei der Besiedlung Australiens noch der Auffassung war, dass die Aborigines weder über politische Kultur, noch über Recht<sup>1</sup> verfügten, so weiß man heute, dass die Aborigines ihr eigenes, aus Bräuchen bestehendes Rechtssystem, hatten und haben<sup>2</sup>. Dieses Recht ist ein Beispiel für traditionelles Gewohnheitsrecht, ein Rechtssystem, in welchem nicht der Staat Recht schafft, sondern soziale, religiöse und Gerechtigkeitsvorstellungen zu einem bindenden Katalog von Verhaltensbräuchen werden<sup>3</sup>. Es ist Ausdruck von Kultur, Religion und sozialem Leben der Aborigines. Im Folgenden soll ein Einblick in das traditionelle Gewohnheitsrecht der australischen Ureinwohner, insbesondere hinsichtlich der Behandlung und des Transfers von Gütern, gegeben und seine Konzepte mit jenen des deutschen Rechts verglichen werden. Der Fokus liegt dabei auf dem traditionellen Gewohnheitsrecht der Aborigines. Es ist vorwegzunehmen, dass die enge Verwobenheit dieses Gewohnheitsrechts mit Religion und sozialer Ordnung Grund dafür ist, dass nur Aborigines alles über das Gewohnheitsrecht erfahren. Deshalb kann es für Fremde unmöglich sein, die Rechtspraxis von den Aborigines selbst zu erfahren<sup>4</sup>. Die vorliegende Arbeit speist sich daher überwiegend aus Sekundärquellen, wie z.B. Untersuchungen von Anthropologen, Gerichten und Rechtswissenschaftlern.

## II. Rechtsverständnis der Australischen Ureinwohner

Zur Vergegenwärtigung der Bedeutung des Rechts für die australischen Ureinwohner ist die Kenntnis der Lebensweise in Gemeinschaften, der Einflüsse auf das Recht und dessen Praktizierung notwendig.

## 1. Soziale Situation

Ungefähr ein Drittel der gut 400.000 Aborigines lebt in Städten mit mehr als 100.000 Einwohnern<sup>5</sup>. Fast die Hälfte der Aborigines lebt hingegen in regionalen Randgebieten oder abgelegenen Gebieten<sup>6</sup>. Es ist auch gut die Hälfte der Aborigines, die noch ihre einheimische Sprache sprechen kann<sup>7</sup>. Nachdem sich Kulturen und Bräuche in abgelegenen Gebieten länger bewahren, kann davon ausgegangen werden, dass es wahrscheinlicher ist, dass das traditionelle Gewohnheitsrecht noch von Aborigines in abgelegenen Gebieten praktiziert wird. In welchem Umfang dies in Australien geschieht, kann leider nicht ermittelt werden. Auch in welcher Art und Weise eventuelle heutige Praktiken von jenen vor der europäischen Besiedlung Australiens abweichen, ist zum Großteil unklar. Sicher ist lediglich, dass das traditionelle Gewohnheitsrecht unter Aborigines weiterhin überliefert ist und seine Anwendung findet.

## 2. Kulturelle Vielfalt

Die in Australien lebenden Aborigines waren bis zur europäischen Besiedlung Australiens 1788 in 500 bis 700 verschiedene Stämme unterteilt<sup>8</sup>. Ein eigenständiger Stamm verfügt über einen eigenen Namen, eine eigene Sprache, eigene religiöse Ansichten und eigene Bräuche<sup>9</sup>. Innerhalb dessen sind lokale Untergruppen möglich. Diese sog. Clans sind wirtschaftlich sowie politisch selbstständig und oftmals patriarchalisch organisiert. Lediglich bei gruppenübergreifenden Streitigkeiten werden traditionell Versammlungen durch die Ältesten der jeweiligen lokalen Untergruppen organisiert<sup>10</sup>.

Die Unterschiede zwischen Stämmen hinsichtlich Sprache<sup>11</sup>, Kultur und Religion<sup>12</sup> können sehr groß sein. So können die Sprachunterschiede zwischen Stämmen von der Ost- und Westküste Australiens ähnlich groß sein, wie zwischen der deutschen und der russischen Sprache. Deshalb kann auch das Gewohnheitsrecht von Stamm zu Stamm variieren. Das Gewohnheitsrecht der Aborigines zu beschreiben, ist somit unmöglich.

\* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School. Der Beitrag entstand im Rahmen eines Auslandsaufenthalts an der University of Sydney (St. John's College).

<sup>1</sup> dies., S. 35.

<sup>2</sup> *Law Reform Commission of Western Australia*, Aboriginal Customary Laws – Discussion Paper, 2005, S. 51.

<sup>3</sup> Bennett, Comparative Law and African Customary Law, in: Matthias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, S. 641 (642).

<sup>4</sup> Abbott, What is Customary Law and what is it not?, 2006, S. 2.

<sup>5</sup> Lenzen, Entwicklung der Siedlungen der Aborigines, 2000, S. 113.

<sup>6</sup> *Australian Aboriginal and Torres Islander Social Justice Commission Social Justice Report 2008*, S. 283 (287).

<sup>7</sup> dies., S. 288.

<sup>8</sup> R. Berndt/C. Berndt, *The World of the First Australians*, 5. Aufl. 1999, S. 26.

<sup>9</sup> Elkin, *The Australian Aborigines*, 5. Aufl. 1988, S. 56 f. und 77.

<sup>10</sup> ders., S. 61 f.

<sup>11</sup> R. Berndt/C. Berndt (Fn. 10), S. 22.

<sup>12</sup> LRCWA (Fn. 3), S. 19.

Um Anschaulichkeit herzustellen wird sich vereinzelt auf Praktiken von verschiedenen Stämmen bezogen. Es ist zwar möglich, dass Beschreibungen, die sich auf bestimmte Stämme beziehen, auf andere Stämme nicht zutreffen, doch wird der, aus den unterschiedlichen Funktionen der Privatrechte herauszukristallisierende, Kulturunterschied zwischen der westlichen Welt und jener der australischen Ureinwohner durch vereinzelt Beispiele nichtsdestotrotz deutlich.

### 3. Gewohnheitsrecht zwischen Religion und Soziologie

Toohey schrieb, dass das Gewohnheitsrecht der Aborigines von ihrer Kultur und Religion nicht zu isolieren wäre<sup>13</sup>. Viel mehr stellt das Gewohnheitsrecht einen Ausdruck der sozialen und religiösen Vorstellungen der Aborigines dar, der weiter ist, als unser Verständnis von Recht<sup>14</sup>. Nachdem die Aborigines über keine Schrift verfügten<sup>15</sup>, wurden die Bräuche ausschließlich mündlich überliefert. Im Gegensatz zum Recht nach westlichem Verständnis wird es nicht von einer staatlichen Gewalt gesetzt, sondern wächst aus der Gemeinschaft heraus. Die Aborigines sehen Recht deshalb nicht als etwas, was von einzelnen Personen, z.B. Parlamentsmitgliedern, nach ihrem Willen geändert werden kann, sondern als ein unveränderbares, die Gemeinschaft umfassendes Konzept. So besagt ein Gedicht der australischen Ureinwohner: „Recht verändert sich nicht, es bleibt immer gleich, sei es auch hart, doch trotzdem allen Menschen gebührend. Es ist nicht wie das Recht der weißen Europäer, sich stetig verändernd, dass du verändern kannst, wenn du es nicht magst. Das Recht der Aborigines verändert sich nie, die Ältesten erzählen uns, dass wir es bewahren müssen, es wird immer bleiben<sup>16</sup>.“

Die Tatsache, dass das Gewohnheitsrecht der Aborigines eine Anzahl von nicht niedergeschriebenen gemeinschaftlichen Bräuchen ist, steht nicht im Widerspruch zum Begriff „Recht“. Für die Aborigines gibt es keinen Unterschied zwischen Bräuchen und Recht. Beides sind die Regeln, die von der Gemeinschaft geschaffen wurden und für alle Mitglieder der Gemeinschaft gelten.<sup>17</sup>

### 4. Rechtspraxis

So wie das Gewohnheitsrecht der Aborigines nicht von einer staatlichen Institution geschaffen wird, so wird es auch nicht von einer gerichtsähnlichen Institution überwacht. Stattdessen erläutern die Mitglieder von Aborigine-Stämmen gewohnheitsrechtliche Probleme bei Versammlungen, z.B. anlässlich von Zeremonien. Bei den Stämmen der Ja-

raldi und Tangani, die im Süden Australiens am Murray, dem größten Fluss Australiens leben, hat ein Rat der Stammesältesten, ein *tendi*, bei solchen Diskussionen oft den Vorsitz. Dieser hat jedoch keine judikative Gewalt inne. Außer bei gewichtigen Straftaten, wie z.B. Totschlag, hat er durch seine Erfahrung lediglich einen gewissen Einfluss auf Entscheidungen. Bei den Gournditch-mara, im Osten Australiens, hingegen, kann ein Stammesvorsitzender Streitigkeiten entscheiden<sup>18</sup>. Trotzdem gründet sich die Wirkung seines Urteils auf seine persönliche Akzeptanz im Stamm.

Natürlich sind alle Aborigines heute als australische Staatsbürger dem australischen Recht und seiner Jurisdiktion unterworfen. Jedoch können sich vor allem Gemeinden, die sich in abgelegenen Gebieten Australiens befinden, dadurch dieser Jurisdiktion faktisch entziehen, dass ihre Mitglieder keinen staatlichen Rechtsschutz suchen, sondern ihre Streitigkeiten untereinander und nach traditionellen Regeln selbst lösen.

N. Williams hat in den Jahren 1969 und 1970 die Praktiken einer zurückgezogenen Aborigine-Gemeinde der Yolngu, im äußersten Norden Australiens, untersucht. Dort wurden Streitigkeiten vor einem, von den australischen Behörden eingesetzt, Dorfrat von Clanführern ausgetragen. Obwohl der Dorfrat formal einem Stadtrat der australischen Behörden unterstellt war, sahen die Aborigines einzig ihren Dorfrat als ihr Gericht an<sup>19</sup>. Die Anerkennung staatlicher australischer Autorität erfolgte lediglich *de facto*, insbesondere nachdem das australische Recht auf, zu ihren Ansichten, widersprüchlichen Werten basierte<sup>20</sup>.

### III. Familie

Die lokalen Untergruppen der Stämme der Aborigines, die Clans, werden wesentlich durch familiäre Beziehungen in den sehr weit gefassten Familien, oder zumeist auch nur der einen weit gefassten Familie, bestimmt. Diese Familien umfassen auch entfernt verwandte Mitglieder<sup>21</sup>.

Den Aborigines ist eine scharfe Abschtichung von Verwandtschaft fremd. Die Aborigines erkennen erstens jede auch noch so entfernte Verwandtschaft an und fassen zweitens mehr Verwandtschaftsgrade unter die uns bekannten Begriffe. So wird beispielsweise auch der Bruder des Vaters als „Vater“ bezeichnet<sup>22</sup>. Auf diese Weise bestehen in den Stämmen der Aborigines enge Beziehungen zu selbst entfernten Verwandten. In dieser großen Verwandtschaft wird jedem Familienmitglied ein Rang zugewiesen, der seinen sozialen Status bestimmt<sup>23</sup>. Zusätzlich können die Verwandtschaftsbeziehungen viele gewohnheitsrechtliche

<sup>13</sup> Toohey, *Aboriginal customary laws reference – an overview*, in: Law Reform Commission of Western Australia (Hrsg.), *Aboriginal Customary Laws – Background Papers*, S. 173 (177).

<sup>14</sup> *LRCWA* (Fn. 3), S. 50.

<sup>15</sup> *Ellinghaus*, *JCL* 2 (1989), 13 (26).

<sup>16</sup> *Neidjie/Davis/Fox*, *Kakadu Man*, 1986, S. 39.

<sup>17</sup> *Northern Territory Law Reform Committee*, Report of the Committee of Inquiry into Aboriginal Customary Law, 2003, S. 11.

<sup>18</sup> *R. Berndt/C. Berndt* (Fn. 10), S. 348 f.

<sup>19</sup> *N. Williams*, *Two Laws*, 1987, S. 47 f.

<sup>20</sup> *dies.*, S. 141 und 149.

<sup>21</sup> *Tonkinson*, *Mardudjarra Kinship*, in: Bill Edwards (Hrsg.), *Traditional Aboriginal Society*, 2. Aufl. 1988, S. 144 (150 f.).

<sup>22</sup> *Elkin* (Fn. 11), S. 86.

<sup>23</sup> *Meggitt*, *Desert People*, 1984, S. 188.

Pflichten schaffen<sup>24</sup>. Den sehr weit gefassten Familien kommt damit zusätzlich die Aufgabe der Gewohnheitsrechtssetzung zu. Diese Wichtigkeit und Macht der Familie steht im Gegensatz zu unserem liberalen Rechtsverständnis, welches auf das freie Individuum fokussiert ist.

#### IV. Eigentum

Nach deutschem Verständnis stellt sich Eigentum als absolute Ausprägung der liberalen Gesellschaftsordnung dar, die eng mit der persönlichen Freiheit verknüpft ist<sup>25</sup>. Mit Ausnahme einiger ordnungsrechtlicher Einschränkungen, kann man im deutschen Recht an allen Sachen Eigentum erlangen und mit seinem Eigentum gemäß § 903 BGB nach Belieben verfahren.

Die Gesellschaft der Aborigines war hingegen nicht materialistisch. Lediglich Güter, die einzelnen Personen entweder von speziellem Nutzen sein konnten, wie z.B. Speere oder Boomerangs<sup>26</sup>, oder, die durch eigene Leistung erlangt wurden, wie z.B. Jagdgut<sup>27</sup>, wurden ihnen speziell zugeordnet. Die meisten Sachen gehören einem Stamm gemeinsam. Insbesondere das Land und seine Ressourcenquellen sind gemeinschaftliches Eigentum des Stammes, mit dem niemand nach seinem Belieben verfahren kann<sup>28</sup>. Es wird damit deutlich, dass persönliches Eigentum für die Aborigines eine gänzlich andere Grundfunktion hat, als für die westliche Gesellschaft: Während es im deutschem Recht der Entfaltung des Einzelnen dient, ist es für die Aborigines eine Ausnahme für Fälle in denen die persönliche Zuordnung eines Gegenstandes der Gemeinschaft mehr Nutzen bringt, als seine kollektive Zuordnung. Es ist beispielsweise für das Jagdergebnis sinnvoll, wenn Jäger ihre Waffen durch wiederholte Nutzung gut kennen lernen oder man durch die Aussicht auf persönlichen Gebrauch von Jagdgut einen zusätzlichen Ansporn für Jäger schafft. Die Grundfunktion von Gütern ist aber für die Aborigines, dass sie der Gemeinschaft dienen, nicht, wie nach westlichem Verständnis, dem Einzelnen. Das traditionelle Eigentumsverständnis ist nicht an der Freiheit des Einzelnen, sondern dem Wohl der Gemeinschaft angelehnt.

Dieses traditionelle Eigentumsverständnis wurde mit dem Import der westlichen Kultur natürlich aufgeweicht. Heutzutage verfügen viele Aborigines auch über persönliche Güter. Doch wird, je zurückgezogener Aborigine-Gemeinschaften leben, die Kollektivfunktion von Gütern umso größer sein.

Einen besonderen Status haben Kulturgüter und geistige Eigentumsrechte. Sie stehen ausschließlich der Gemeinschaft und nicht dem Einzelnen zu<sup>29</sup>. Die Verbreitung ihrer

Kulturgüter birgt für die australischen Ureinwohner zwei Gefahren in sich: Zum einen die fehlende finanzielle Teilhabe an der Beliebtheit ihrer Kulturgüter, zum anderen die Integrität ihrer Kultur, welche durch eine zu große Verbreitung gefährdet scheint<sup>30</sup>. Kulturgüter der Aborigines können eine hohe geistliche Bedeutung haben. Deswegen, kann nach Gewohnheitsrecht nur einer Gruppe von Stammesangehörigen das Recht zustehen, bestimmte Motive für Kunstwerke zu nutzen<sup>31</sup>. Auch kann es eine gewichtige Verletzung von Gewohnheitsrecht für einen Aborigine sein, Kulturgüter, sogar wenn er sie erlaubterweise selbst erschaffen hat, zu verkaufen<sup>32</sup>.

Wie schon die teilweise Exklusivität der Kenntnis über ihr Gewohnheitsrecht, drückt dieser Schutzmechanismus eine dem deutschen Recht größtenteils fremde Funktion aus: Die Konservierung der eigenen Kultur.

#### V. Austausch und Schenkung von Gütern

Obwohl die Aborigines über weniger persönliche Güter verfügten als westliche Individuen, wurden Güter innerhalb und außerhalb eines Clans nichtsdestotrotz übertragen. Nach westlichem Verständnis kann dies unter Lebenden endgültig durch Kauf, Tausch oder Schenkung geschehen. Der Kauf kam für die Aborigines deshalb nicht in Frage, weil es kein währungsgleiches Zahlungsmittel gab<sup>33</sup>. Somit bleiben jene Vorgänge übrig, die nach deutschem Recht als Schenkung oder Tausch beschrieben würden.

Im traditionellen Gewohnheitsrecht der Aborigines ist es jedoch schwer möglich, Tausch und Schenkung zu unterscheiden. Wie zu zeigen sein wird, steht jede Schenkung in einer bestimmten Wechselwirkung mit einer anderen Schenkung, einer Leistung oder einem Status. Unterschieden werden soll deshalb, zwischen dem Güterhandel mit anderen Clans, in welchem die Güter im Mittelpunkt stehen, einerseits und Güterübertragungen, welche einen kulturellen oder religiösen Grund haben, andererseits. Abschließend soll darauf eingegangen werden, ob man die Güterübertragungen zwischen Aborigines unter das dogmatische Konzept des Vertrags fassen kann.

#### 1. Handel

Die australischen Ureinwohner haben über den gesamten Kontinent Handel untereinander und mit anderen Völkern betrieben. Wie McCarthy 1939 festgehalten hat, gab es über ganz Australien hinweg feste Handelsrouten, die von Mitgliedern einzelner Clans mit ihren Gütern bereist wurden. Insbesondere solche Güter, die für die Jagd eine Bedeutung

<sup>24</sup> Elkin (Fn. 11), S. 144.

<sup>25</sup> Säcker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage 2008, § 903 Rn. 3.

<sup>26</sup> Australian Law Reform Commission, Aboriginal Customary Laws, 1986, Rn. 327.

<sup>27</sup> LRCWA (Fn. 3), S. 282.

<sup>28</sup> dies., S. 281.

<sup>29</sup> dies., S. 319.

<sup>30</sup> McKenough/Stewart, Intellectual property and the dreaming, in: Elliott Johnston/Martin Hinton/Dayrlye Rigney (Hrsg.), Indigenous Australians and the law, 1997, S. 53 (55).

<sup>31</sup> Milpurrurru v Indofurn Pty Ltd (1994) 30 IPR 209, 214.

<sup>32</sup> ALRC (Fn. 36), Rn. 328.

<sup>33</sup> Ellinghaus, JCL 2 (1989), 13 (22).

hatten, waren Bestandteil von Tauschgeschäften. Werkzeuge zur Herstellung von Speeren<sup>34</sup>, Schilde<sup>35</sup>, Äxte<sup>36</sup> und Boomerangs<sup>37</sup> wurden zwischen den Clans ausgetauscht. Zu diesem Zweck wurden in Südostaustralien zunächst oft Boten, die Anschauungsmaterial bei sich hatten, zwischen den verschiedenen Stämmen hin und her geschickt. Der eigentliche Austausch von Gütern konnte schließlich, je nach beteiligten Clans, bei einer gemeinsamen Zeremonie, durch schlichte Übergabe oder an marktähnlichen Plätzen geschehen<sup>38</sup>. Sollte bei einem Tauschgeschäft eine Störung aufgetreten sein, kamen die oben beschriebenen Streit-schlichtungsmechanismen zum tragen, beispielsweise die *kopara* – der Austausch von Frauen.

## 2. Schenkung und Wechselwirkung

Güterübertragungen, die nicht dem Handel zwischen Clans zuzuordnen sind, sind demgegenüber Gegenstand äußerer Einflüsse. Solche Übertragungen haben kulturelle oder religiöse Gründe. Diese kulturellen und religiösen Regeln resultieren in einem großen Funktionsunterschied zwischen den Schenkungen im traditionellen Gewohnheitsrecht der Aborigines und den Schenkungen nach deutschem Recht. Um diesen Funktionsunterschied von Schenkungen zu verstehen, muss man sich verdeutlichen, ob Schenkungen bei den Aborigines zwei- oder einseitiger Natur sind, der Beschenkte bei der Schenkung mitwirken muss und welchen Einfluss Leistungsstörungen haben.

### a) Natur der Schenkung

Schenkungen werden bei den Aborigines traditionell nicht um ihrer selbst Willen vorgenommen. Sie haben entweder einen Grund oder rufen eine Verpflichtung beim Beschenkten hervor. „Alles muss nach einer bestimmten Zeit zurückbezahlt werden“<sup>39</sup>. Schenkungen stehen damit stets in einer Wechselwirkung mit einer Handlung oder einem Status des Beschenkten. Das Anthropologenehepaar Berndt hat auf seinen Reisen durch Australien vier verschiedene Wechselwirkungen von Schenkungen ausgemacht: Die erste ist aufgrund einer, auch künftigen, Verwandtschaftsbeziehung. So ist es z.B. in der großen Victoria-Wüste üblich, dass man der Familie seiner versprochenen Ehefrau bis zur Heirat regelmäßig Güter zukommen lässt, um die Familie im voraus für den Verlust der versprochenen Ehefrau zu entschädigen<sup>40</sup>. Ein zweiter Grund für ein Geschenk kann eine besondere selbstverursachte Schuld des Schenkers, beispielsweise durch ein Delikt, sein. Der dritte Grund ist

demgegenüber, dass der Beschenkte durch ein vorheriges Geschenk die Erwartung einer Gegenleistung begründet hat<sup>41</sup>. Die vierte Möglichkeit ist, dass die Schenkung durch ein besonderes Ritual notwendig ist. Zwei naragu, Personen mit demselben Namen, sind bei den Guirindji, Lungga und Djaru beispielsweise dazu aufgefordert, Geschenke auszutauschen<sup>42</sup>.

Im deutschen Recht wird eine Schenkung nach §§ 516 ff. BGB hingegen aus freiem Willen vorgenommen und begründet keine Pflicht des Beschenkten. Durch die Widerrufsmöglichkeit des § 530 BGB muss der Beschenkte in seinem Interesse lediglich davon absehen, groben Undank zu zeigen.

### b) Mitwirkung des Beschenkten

Beiden Rechtsordnungen gemein ist, dass die Schenkung nur unter Mitwirkung des Beschenkten wirksam ist. Jedoch ist diese Mitwirkung für die Aborigines bedeutungsvoller. Im deutschen Recht ist die Annahme des Schenkungsangebots sowohl bei der Handschenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB als auch beim Schenkungsversprechen gemäß § 518 Abs. 1 BGB nötig, um einen wirksamen Schenkungsvertrag herzustellen<sup>43</sup>. Ohne einen solchen, kann der Schenker den Schenkungsgegenstand gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB zurückfordern. Es gibt nach deutschem Recht jedoch keinen rechtlichen Nachteil, der einen Grund für den Beschenkten darstellen könnte, seine Annahme zu verweigern. So verdeutlicht § 516 Abs. 2 S. 1 BGB, dass die Zuwendung bei einer Handschenkung auch vor der Erklärung des Beschenkten erfolgen kann.

Nach dem traditionellen Gewohnheitsrecht der Aborigines darf selbst die Zuwendung nur unter Zustimmung des Beschenkten zur Schenkung vorgenommen werden, da sie nicht zwischen Zuwendung, also dinglicher Übereignung, und Schenkung, also schuldrechtlichem Vertrag, unterscheiden. Die Schenkung ist ein einzelner Akt, welcher eine Pflicht des Beschenkten sofort hervorrufen kann. Für Aborigines gilt es sich genau zu überlegen, ob sie die Wechselwirkung eines Geschenks durch dessen Annahme hervorrufen wollen. Die Annahme ist für die Aborigines damit, im Gegensatz zum deutschen Recht, eine sich selbst rechtlich verpflichtende Erklärung. So sagte ein Aborigine der Arrente, im Zentrum Australiens, dass er stets abwäge ob der materielle oder zwischenmenschliche Nutzen eines Geschenks, dessen hervorgerufene Verpflichtung rechtfertige. Dies führe dazu, dass er viele Geschenke ablehne. In manchen Fällen sei er aber durch das Gewohnheitsrecht des Stammes dazu verpflichtet, ein Geschenk anzunehmen.

<sup>34</sup> McCarthy, *Oceania* 9 (1939), 403 (406).

<sup>35</sup> *ders.*, S. 412.

<sup>36</sup> *ders.*, S. 414.

<sup>37</sup> Mc Carthy, *Oceania* 10 (1939), 80 (80).

<sup>38</sup> McCarthy, *Oceania* 10 (1939), 171 (177 f.).

<sup>39</sup> R. Berndt/C. Berndt (Fn. 10), S. 122

<sup>40</sup> *dies.*

<sup>41</sup> *dies.*, S. 125 f.

<sup>42</sup> *dies.*, S. 127.

<sup>43</sup> Looschelders, *Schuldrecht BT*, 2. Aufl. 2008, Rn. 310 und 312.

### c) Mängel und Aufhebung der Schenkung

Nach deutschem Recht können beide Parteien einer Schenkung Rechte geltend machen. Dem Beschenkten stehen vor dem Vollzug der Schenkung die Gewährleistungsrechte des allgemeinen Schuldrechts, mit der Haftungserleichterung des § 521 BGB<sup>44</sup>, und nach Vollzug der Schenkung die Gewährleistungsrechte der §§ 523, 524, 280 ff. BGB zu. Dem Schenker stehen demgegenüber im Fall des Notbedarfs gemäß § 519 BGB ein Verweigerungsrecht und in den Fällen der Nichterfüllung einer Auflage gemäß § 527 Abs. 1 BGB, der Verarmung gemäß § 528 Abs. 1 S. 1 BGB und des groben Undanks gemäß § 530 Abs. 1 BGB ein Rückforderungsrecht zu.

Für die Arrente im Zentrum Australiens ist eine solche spätere Geltendmachung von Rechten hinsichtlich des Schenkungsguts generell undenkbar. Wurde eine Schenkung einmal vollzogen, so hat sie ihre Wechselwirkung hervorgerufen. Diese Wechselwirkung zwischen den Parteien ist wichtiger als ein eventueller Mangel des Schenkungsguts oder später entstandene Interessen des Schenkers. Sollte es einen wichtigen Grund geben, um über die Schenkung nochmals zu sprechen, so geschieht dies ausschließlich bei Versammlungen unter hochrangigen Clanmitgliedern.

### d) Funktionsunterschied

Vor diesem Hintergrund wird die unterschiedliche Funktion von Schenkungen im deutschen Recht und jenem der Aborigines deutlich: Im deutschen Recht steht das Schenkungsgut im Mittelpunkt einer Schenkung. Eine Schenkung ruft für einen Beschenkten keine rechtlichen Verpflichtungen hervor, gibt ihm aber hinsichtlich des Schenkungsguts Gewährleistungsrechte. Sollte sich der Verlust des Schenkungsguts für den Schenker im nachhinein als zu gewichtig darstellen, kann er es unter bestimmten Umständen zurückfordern.

Für die Aborigines hingegen ist der zwischenmenschliche Aspekt einer Schenkung durch die gewohnheitsrechtliche Wechselwirkung betont. Viel wichtiger als das Schenkungsgut selbst, ist dessen hervorgerufene Beziehung zwischen den Parteien und die damit verbundene Auswirkung auf den Clan. Diese Beziehung wird durch Verpflichtungen des Beschenkten und eine gewisse Immunität der Schenkung hinsichtlich nachträglich geltend gemachter Rechte verstärkt. Dieses funktionale Schenkungsverständnis korreliert mit dem Eigentumsverständnis der Aborigines, wonach Güter ebenfalls in erster Linie nicht für das Individuum, sondern für die Gemeinschaft von Nutzen sein sollen. Auf dieselbe Weise soll auch eine Schenkung nicht dem Beschenkten einen materiellen, sondern der Gemeinschaft einen zwischenmenschlichen Nutzen bringen.

### 3. Ein Vertragskonzept?

Ellinghaus schrieb 1989, dass es keinen Zweifel daran geben könne, dass die Aborigines eine Vorstellung davon hatten, was ein Vertrag sei. Hätte man sich bei der Besiedlung Australiens 1788 näher mit den Vertragsbräuchen der

Aborigines auseinandergesetzt, so hätte man eine große Anzahl von Regelungen vorgefunden. Er begründete dies vor allem mit dem Verweis auf den regen Tauschhandel zwischen den Aborigines<sup>45</sup>.

Gava verneint demgegenüber die Frage, ob es in einer Gesellschaft, wie jener der Aborigines, in welcher das Individuum wesentlich weniger Wahlfreiheit hat und ihm viele Verpflichtungen durch die Gemeinschaft auferlegt werden, Sinn macht, von einem Vertrag zu sprechen. Er verweist darauf, dass es für einen Vertrag essentiell ist, dass beide Parteien ihren Willen aus absolut freien Stücken und aus einem persönlichen Grund erklären. Die Gesellschaft der Aborigines sei aber kollektiv organisiert. Nachdem die lebensnotwendigen Güter der Gemeinschaft gehören und die persönlichen Güter einen Gemeinschaftsnutzen haben, sei ein Vertrag ein Vorgang, der in erster Linie die Gemeinschaft als solche betreffe. Ein Vertrag nach westlichem Verständnis sei hingegen eine individuelle Transaktion, die ausschließlich die beiden an ihr beteiligten Individuen betreffe<sup>46</sup>.

Diese Diskussion verdeutlicht die Schwierigkeit, die traditionellen Konzepte der Aborigines unter westliche Rechtsbegriffe zu fassen. Umso mehr kann sich eine Untersuchung des traditionellen Gewohnheitsrechts der Aborigines nur auf die Funktionen von gesamten Institutionen, anstatt auf deren detaillierte Ausgestaltung, konzentrieren.

### VI. Vererbung von Gütern

Die Erbfreiheit stellt die Perpetuierung des Eigentums Privater im deutschen Recht dar. Sie ist die finale Möglichkeit des Eigentumsinhabers nach seinem Willen mit seinem Eigentum zu verfahren. Hat ein Erblasser keine letztwillige Verfügung getroffen, so bestimmen die §§ 1924 ff. BGB die Erbfolge zugunsten seiner Familienangehörigen.

Die traditionellen Erbbräuche der Aborigines unterscheiden sich untereinander enorm. Allein im Westen Australiens konnten fünf verschiedene Arten, mit einem Nachlass umzugehen, gefunden werden: In Mirrabooka vererben Eltern einem ihrer Kinder, meistens dem ältesten, ihren Nachlass. In Cosmo Newbery und Albany steht den nächsten Angehörigen nicht der Nachlass selbst, sondern das Recht, die Aufteilung des Nachlasses unter den Stammesangehörigen zu bestimmen, zu. Es war durchaus üblich, dass auch entfernte und nicht Verwandte etwas von einem Nachlass erhalten sollten. In Wuggubun steht dieses Recht der Aufteilung nicht den nächsten Angehörigen, sondern den Stammesältesten zu. In Kalgoorlie hingegen werden die persönlichen Besitztümer eines Verstorbenen verbrannt oder zerstört. Einen milderer Brauch konnte man in Wiluna finden, wo man einen Nachlass einem anderen Stamm hat zukommen lassen<sup>47</sup>. Den traditionellen Erbbräuchen kann man damit drei verschiedene Funktionen zusprechen. Die Praxis, seinen Kindern den Nachlass zukommen zu lassen, ist dem deutschen

<sup>45</sup> Ellinghaus, JCL 2 (1989), 13 (13).

<sup>46</sup> Gava, JCL 12 (1998), 242, (244 ff.).

<sup>47</sup> LRCWA (Fn. 3), S. 282 f.

<sup>44</sup> Medicus, Schuldrecht BT, 13. Auflage 2006, Rn. 176.

Konzept von der Perpetuierung von Eigentum ähnlich. Der Brauch, jemandem die Verteilung des Nachlasses unter den Stammesangehörigen zu überlassen, ist ein Ausdruck der Sozialfunktion von Eigentum. Nicht dem Einzelnen, sondern der Stammesgemeinschaft stehen die Güter letztlich zu. Die letzte Möglichkeit, den Nachlass zu zerstören oder einem anderen Stamm zu überlassen, ist vor allem eine religiöse Regel. Dieser Einfluss religiöser Riten auf den Nachlass Verstorbener, ist dem deutschen Recht fremd<sup>48</sup>. Nachdem heutzutage viele Aborigines mit wertvollen Gütern, wie z.B. Häusern oder Autos, leben, haben sich westliche Erbregele auch bei ihnen zum Teil durchgesetzt. In Geraldton, Broom und Bunbury sind letztwillige Verfügungen über solche Besitztümer und die anderweitige Weitergabe an die nächsten Angehörigen üblich geworden<sup>49</sup>. Diese Anpassung ist eine notwendige Folge der Eigentumsanhäufung bei Aborigines nach westlichem Vorbild und erscheint umso naheliegender, je westlicher und in je größeren Siedlungen die australischen Ureinwohner leben.

## VII. Bedeutung im Common Law Australiens

Das Gewohnheitsrecht der Aborigines wird von australischen Gerichten als Entscheidungsmerkmal bei der Anwendung des *Common Law* herangezogen. So wurde z.B. eine gewohnheitsrechtliche Norm, nach welcher Zeremonien von Stämmen nicht gestört werden dürfen, als Rechtfertigung für eine Körperverletzung akzeptiert<sup>50</sup>. Insbesondere hinsichtlich Autopsien und Beerdigungen haben australische Gerichte die kulturellen Hintergründe der Aborigines in ihre Entscheidungen einfließen lassen<sup>51</sup>.

Entscheidungen, welche das Gewohnheitsrecht in Vorgängen, die in Deutschland mit vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnissen beschrieben würden, einbeziehen, fehlen jedoch<sup>52</sup>.

Juristische Reformkommissionen des Bundes Australien<sup>53</sup>, des Bundesstaats Western Australia<sup>54</sup> und des Bundesterritoriums Northern Territory<sup>55</sup> haben sich in Berichten für eine gesetzliche Regelung ausgesprochen, nach der das Gewohnheitsrecht der Aborigines anerkannt wird. Diese wurde jedoch bisher nicht eingeführt. Keine der Kommissionen hat sich hingegen dafür ausgesprochen, das Ge-

wohnheitsrecht der Aborigines auch zu kodifizieren. Die Eigenschaft des Gewohnheitsrechts als mündliche Überlieferung, die fehlende Kenntnis australischer Institutionen über das traditionelle Gewohnheitsrecht der Aborigines, die vielen regionalen Unterschiede zwischen den Aborigine-Stämmen und die Sprachprobleme sprechen gegen eine Kodifizierung seitens des australischen Staates<sup>56</sup>. Ferner birgt eine Kodifizierung die Gefahr in sich, dass das Gewohnheitsrecht der Aborigines durch eine Anwendung in staatlichen Institutionen zerstört würde<sup>57</sup>. Als Gewohnheitsrecht, welches aus der Aborigine-Gesellschaft kommt, soll es auch nur von dieser angewendet werden. Lediglich in offensichtlichen Fällen sollen australische Gerichte Prinzipien des Gewohnheitsrechts in Betracht ziehen, um, ansonsten unpassende, Ergebnisse des *Common Law* zu korrigieren.

Eine äußerst berühmte Entscheidung ist *Mabo v Queensland (No 2)*<sup>58</sup>. Der oberste Gerichtshof Australiens hat in dieser Entscheidung zum ersten Mal ein gemeinschaftliches Eigentumsrecht der Aborigines an einem Stück Land anerkannt. Auf diese Weise hat der oberste Gerichtshof Australiens zum ersten Mal die, Eingangs erwähnte, Doktrin aufgegeben, dass Australien bei seiner Besiedlung durch die Europäer *terra nullius* war<sup>59</sup>. Diese und die darauf folgenden Entscheidungen bezüglich der Landrechte von Aborigines<sup>60</sup> befassen sich nicht mit eigentlichem traditionellen Gewohnheitsrecht der Aborigines, sondern sind Versuche, die Bräuche der Aborigines bezüglich ihres Landes durch eine Übersetzung in das australische Recht anzuerkennen<sup>61</sup>. Sie sind öffentlich-rechtliche Entscheidungen. Trotzdem ist die Anerkennung der kollektiven Beziehung der Aborigines zu ihrem Land bemerkenswert.

<sup>48</sup> Für weitere Riten betreffend Verstorbener siehe *R. Berndt/C. Berndt* (Fn. 10), S. 348 f.

<sup>49</sup> *LRCWA* (Fn. 3), S. 283.

<sup>50</sup> *R v Gregory Warren et. al.* (1996) 88 A Crim R 78. Für weitere Beispiele siehe *R v Minor* (1992) 59 A Crim R 227; *Barnes v The Queen* (1997) 96 A Crim R 593; *R v Helmhout and Anor* [2000] NSWSC 651.

<sup>51</sup> *Jones v Dodd* [1999] SASC 125; *Ronan v The State Coroner* [2000] WASC 260.

<sup>52</sup> Siehe *V. Williams*, The approach of Australian courts to Aboriginal customary law in the areas of criminal, civil and family law, in: Law Reform Commission of Western Australia (Hrsg.), *Aboriginal Customary Laws – Background Papers*, S. 1 (1).

<sup>53</sup> *ALRC* (Fn. 36), Rn. 191.

<sup>54</sup> *Law Reform Commission of Western Australia*, *Aboriginal Customary Laws – Final Report*, 2006, S. 67.

<sup>55</sup> *NLRC* (Fn. 19), S. 37 f.

<sup>56</sup> *LRCWA* (Fn. 3), S. 56.

<sup>57</sup> *ALRC* (Fn. 36), Rn. 202.

<sup>58</sup> 175 CLR 1.

<sup>59</sup> Siehe für eine kritische Auseinandersetzung *Ritter*, *SydLawRw* 18 (1996), S. 5.

<sup>60</sup> Siehe z.B. *de Rose v South Australia* [2002] FCA 1342; *Griffiths v Northern Territory of Australia* [2006] FCA 903.

<sup>61</sup> *Sutton*, *Native Title in Australia*, 2003, S. 1.

### **VIII. Zusammenfassung**

Das traditionelle Gewohnheitsrecht der Aborigines hat im Vergleich zum deutschen Recht zwei fundamentale Unterschiede: Erstens ist das traditionelle Gewohnheitsrecht der australischen Ureinwohner aus ihrer Gemeinschaft heraus gewachsen, während das deutsche Recht von einer staatlichen Gewalt gesetzt und von staatlichen Institutionen überwacht wird. Das Gewohnheitsrecht der Aborigines verknüpft Religion, Kultur und gemeinschaftliche Bedürfnisse. Recht wird von ihnen deshalb nicht ein als autonomer Gegenstand, sondern als ein, ihre Gemeinschaft umfassendes, Konzept verstanden.

Zweitens ist dem traditionellen Gewohnheitsrecht der Aborigines der deutsche Fokus auf das freie Individuum fremd. Es stellt viel mehr auf die Gemeinschaft ab. Die großen familiären Bindungen, die restriktive Handhabung von Eigentum und der große Einfluss der Gemeinschaft auf Güterübertragungen unter Lebenden und von Todes wegen betonen die traditionelle Kollektivität der Aborigines.